

Prozedurale Legitimität: moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung

Eder, Klaus

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Eder, K. (1986). Prozedurale Legitimität: moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 7(1), 1-30. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-14960>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

PROZEDURALE RATIONALITÄT

MODERNE RECHTSENTWICKLUNG JENSEITS VON FORMALER UND MATERIALER
RATIONALISIERUNG⁺

Klaus Eder

Inhalt

1 Problemstellung	2
1.1 Die Rationalitätsfrage.....	2
1.2 Rationalität und Irrationalität im modernen Recht	4
2 Zur Reformulierung des Rationalitätsproblems.....	6
2.1 Die Prozeduralisierung des Rechts	6
2.2 Webers Konzeption der Rationalisierung des Rechts	8
2.3 Formen des soziologischen Redens über das Recht	10
3 Die rationalistische Lösung des Rationalitätsproblems	13
3.1 Zwei konkurrierende Varianten	13
3.2 Die naturalistische Analyse des Rechts	14
3.3 Die ökonomische Analyse des Rechts	16
4 Die normativistische Lösung des Rationalitätsproblems.....	19
4.1 Zwei konkurrierende Varianten	19
4.2 Die systemtheoretische Analyse des Rechts	21
4.3 Die diskurstheoretische Analyse des Rechts	23
5 Elemente einer Theorie prozeduraler Rationalität	25
5.1 Kommunikation als Schlüsselbegriff.....	25
5.2 Die Idee einer kommunikativen Rationalisierung	29
5.3 Die prozedurale Rationalität des modernen Rechts.....	30
6 Die Identität spätmoderner Rechtssysteme	32

1 Problemstellung

2.1 DIE RATIONALITÄTSFRAGE

Man kann die Rationalitätsfrage auf unterschiedliche Weise stellen. Man kann erstens nach der Rationalität der Handlung fragen, die in einem sozialen System stattfindet. Als rational wird eine Handlung dann gesehen, wenn die Wahl der Mittel zur Erreichung von Zwecken angemessen ist. Man spricht dann von *Handlungsrationalität*. Man kann zweitens nach der Rationalität der Ziele fragen, die mit einem Handeln verfolgt werden. Hierbei geht es um die diesen Zielen eigene normative Qualität. Wir haben es dann mit *Wertrationalität* zu tun. Man kann schließlich danach fragen, ob es rational ist, die gegebenen Verhältnisse im Sinne der Wertrationalität zu rationalisieren. Es geht in dieser Frage um die Rationalität des Prozesses, der die Wirklichkeit an die Idee anzupassen sucht. Man kann hier von *Prozeßrationalität* sprechen. Diese drei Rationalitätstypen¹ gehen jeweils aus entweder a) von der handelnden Person, oder b) von Normen- und Wertsystemen, von denen her eine Handlung beurteilt wird, oder c) von Prozessen, in denen Normen und Werte produziert und reproduziert werden.

Wenn man nach der Rationalität des Rechtssystems im besonderen fragt, dann hat die Option für eine dieser Rationalitäten folgende Effekte. Die Frage nach der Handlungsrationalität reduziert das Rationalitätsproblem auf die Frage nach der Rationalität der im Rechtssystem Handelnden. Damit wird diese Frage zu einer psychologischen Frage. Die Frage nach der Wertrationalität dagegen spezifiziert das Rationalitätsproblem auf die moralische Qualität von Rechtsnormen. Damit aber wird diese Frage zu einem Problem der Umwelt des Rechtssystems (des politischen oder kulturellen Systems), die festlegt, was die Rationalität des Rechtssystems sein soll. Das Rationalitätsproblem wird zu einem Problem der Ideologiekritik. Die Frage nach der Prozeßrationalität schließlich thematisiert die Rationalität der Form, in der Rechtsbegriffe und Rechtsnormen prozessiert werden, also eine rechtlichen Prozeduren eigene Rationalität.² Rationalität manifestiert sich hier als eine Eigenschaft der Struktur des Rechtssystems selbst.

¹ Eine analoge Unterscheidung findet sich bei Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt 1984, S. 642. Der Begriff der Prozeßrationalität wird hier eingeführt, um das zu benennen, was Rationalität sein könnte, wenn Zweck- und Wertrationalität als Begriffe ausgedient haben. Zum Status des Begriffs der Systemrationalität vgl. unten 5.2. Ähnlich auch Gunther Teubner/Helmut Willke, *Kontext und Autonomie*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5, 1984, S. 4-35 (19f.), die zwischen formaler Rationalität, materialer Rationalität und reflexiver Rationalität unterscheiden. Quer dazu liegt die Habermassche Unterscheidung von interner Rationalität, Normrationalität und Systemrationalität; dazu Jürgen Habermas, *Strukturen des modernen Rechts*, in: ders., *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Frankfurt 1976, S. 262.

² Diese Formulierung lebt zunächst nur von der Distanz zur psychologischen oder philosophischen Thematisierung des Rationalitätsproblems.

Dieser letztere Rationalitätsbegriff ist der umfassendste. Denn diese Rationalität des Rechtssystems besteht darin, die Rationalität von Handlungen im Rechtssystem und die Rationalität der Umwelt des Rechtssystems im Rechtssystem selbst rational zu behandeln. Insofern geht es bei der Frage nach der Prozeßrationalität des Rechtssystems um die Frage der Rationalisierung dieser anderen Rationalitäten. Es geht um die Prozesse, in denen diese externen Rationalitätsimperative intern im Rechtssystem behandelt werden.

Die Frage nach der Prozeßrationalität stellt sich historisch allerdings erst dann, wenn der Prozeß der Rationalisierung des Rechts nicht mehr selbstverständlich als rational gesehen wird. Wenn Rationalisierung als irrational erscheint³, dann stehen die Regeln der Koordination rechtlicher Handlungen, mit denen das Rechtssystem Rechtsnormen in der Umwelt des Rechtssystems durchzusetzen sucht, also Verfahrensregeln⁴ zur Disposition. Wenn aber die Rationalität von Verfahrensregeln zur Disposition steht, dann wird die Rationalität des Rechtssystems insgesamt infragegestellt. Denn es handelt sich dabei um einen besonderen Typus von Regeln, nämlich Regeln, mit denen das Rechtssystem den Umgang mit dem Recht festlegt, oder anders ausgedrückt: mit denen es sich selbst festlegt.

Wie solche Selbstfestlegungen normiert werden, ist historisch variabel. Ausgegangen wird im folgenden von der Behauptung einer evolutionär zunehmenden Bedeutung des prozeduralen Rechts. Daß die mit der Zentralstellung des prozeduralen Rechts verbundene Transformation des Entwicklungsmechanismus des spätmodernen Rechts die Frage nach der Rationalität des Rechts verändert, ist unvermeidlich. Inwieweit Prozeduralisierung auch Rationalisierung bedeutet (bzw. unter welchen Bedingungen sie dies bedeuten kann), ist die zu klärende Frage.

³ Die Irrationalisierungsthese findet sich in den diversen Feststellungen zur zunehmenden Gesetzesflut, Normierungswut und zum Gesetzesperfektionismus, alles Vorwürfe an die Adresse des Rechts, die auf irrationale Konsequenzen einer formalen Duchrationalisierung verweisen; vgl. dazu die Beiträge in Rüdiger Voigt (Hg.), Verrechtlichung, Königstein/Ts. 1980.

⁴ Verfahrensregeln sind diejenigen Regeln, die nichts mit der Umwelt des Rechtssystems zu tun haben, sondern nur die Binnenstruktur des Rechtssystems festlegen.

2.3 RATIONALITÄT UND IRRATIONALITÄT IM MODERNEN RECHT

Kennzeichnend für die gegenwärtige Diskussion der Rechtsentwicklung sind grundlegende Irritierungen darüber, ob es sich bei dem seit Beginn der Moderne ausgelösten Prozeß der Rationalisierung des Rechts um einen Prozeß der "Rationalisierung" oder einen Prozeß der "Irrationalisierung" handelt. Aus dieser Irritation lebt besonders die Diskussion um die Verrechtlichung⁵ als dem Charakteristikum des spätmodernen Rechts und die Diskussion um das Gegenmodell zur Verrechtlichung, nämlich die Entrechtlichung. Streit herrscht darüber, ob wir es mit mehr oder weniger Recht zu tun haben. Streit herrscht zugleich darüber, ob wir mehr oder weniger Recht haben **sollten**. Das spätmoderne Recht steht offensichtlich vor Entwicklungsalternativen, und es stellt sich die Frage, welches die rationalen Gesichtspunkte sein sollen, um diese Alternative rational entscheidbar zu machen.

Was sind die Phänomene, die die Irritationen über die Rationalität des spätmodernen Rechts ausgelöst haben? Das Recht - so heißt es - wird überfordert. Es ist nicht mehr in der Lage, auf soziale Probleme adäquat zu reagieren. Es gebe seine Regelungsfunktionen zunehmend an Verwaltungsfachleute, Gutachter etc., also an Experten ab. Gesetzgebung und Rechtsprechung regredierten zu speziellen Exekutiven. Dieses Recht greife aber nicht mehr nur in die Politik und Ökonomie, sondern auch in die anderen, bislang privaten Bereiche soziokultureller Reproduktion ein und werde wieder zum moralischen Sittenwächter der Gesellschaft.⁶ Man kann das auf die Formel bringen: Funktionsverlust des Rechts auf der Ebene des Gesellschaftssystems und Funktionszuwachs auf der Ebene der Teilsysteme.

Wenn es darum geht, ob für die Gesellschaft mehr oder weniger Recht "besser" sei, dann wird die Frage nach der Rationalität des spätmodernen Rechts thematisch. Das Recht - so heißt es - würde zunehmend irrationaler. Seine formale Rationalität würde

⁵ Die Literaturproduktion dazu nimmt zu; vgl. neben vielen anderen Rüdiger Voigt, Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: ders., Verrechtlichung, Königstein/Ts. 1980; Raymond Werle, Aspekte der Verrechtlichung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 3, 1982, S.2ff. Eine systematische Diskussion des Verrechtlichungsbegriffs bietet Gunther Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Solidarität, Baden-Baden 1984, S.289-344. Zur Entrechtlichungsdebatte vgl. Reinhard Hendler, Grundprobleme der Entregelung im demokratischen Rechts- und Sozialstaat, in: Rüdiger Voigt (Hg.), Gegenteilendungen zur Verrechtlichung, Opladen 1983, S. 59-70. Das kritische Feld dieser Debatte ist die Arbeitspolitik und die Sozialpolitik. Vgl. Rüdiger Voigt, Sozialpolitik zwischen Verrechtlichung und Entstaatlichung, in: Leviathan, 9 (1981), S. 62-86 (der dann doch auf Verrechtlichung als das kleinere Übel setzt) und Spiros Simitis, Zur Verrechtlichung von Arbeitsbeziehungen, in: Kübler, a.a.O., S. 73-166.

⁶ Das hat Weber schon befürchtet; vgl. Max Weber, Rechtssoziologie, in: ders., Wirtschaft und Gesellschaft, Köln 1964, S. 507.

sich auflösen, Berechenbarkeit würde durch Unberechenbarkeit ersetzt.⁷ Seine materiale Rationalität würde zunehmend an der Komplexität der Welt gebrochen, sein Geltungsanspruch auf Richtigkeit zerstört. Zugleich heißt es aber auch, daß die formale Rationalität des Rechts gesteigert worden sei. Denn das moderne Recht schaffe durch seine formale Rationalität die Voraussetzungen für die Autonomie von Teilsystemen. Das Recht wäre in der Lage, die Voraussetzungen für die Autonomie aller gesellschaftlichen Teilsysteme, also nicht nur von Wirtschaft und Politik, sondern auch von Familie und Schule herzustellen. Im modernen Recht - so heißt es weiterhin - würde auch die materiale Rationalität gesteigert: das Recht wäre gezwungen, zunehmend höheren moralischen Geltungsansprüchen zu entsprechen (etwa Teilhabe- und Teilnahmeforderungen zu akzeptieren), um seine Legitimität unter Bedingungen hoher Komplexität erhalten zu können.⁸ Man kann das auf die Formel bringen: Rationalisierung des Rechts auf der Ebene der Teilsysteme bei zunehmender Irrationalisierung des Rechts auf der Ebene des Gesamtsystems.

Der folgende Argumentationsgang ist ein Versuch, die Widersprüche in diesem Reden über die Rationalität des Recht dadurch aufzulösen, daß das Rationalitätsproblem auf einer abstrakteren Ebene zu reformuliert wird. Es gilt, einen Rationalitätsbegriff zu finden, der es dem Denken über das spätmoderne Recht erlaubt, dem Paradox von gleichzeitiger Rationalisierung und Irrationalisierung, in das es sich verfangen hat, wieder zu entkommen.

⁷ Diese bislang konservative Kritik hat inzwischen ihr politisches Lager gewechselt. Die Kritiker der Verrechtlichung finden sich links wie rechts.

⁸ Diese Rationalitätskritik geht quer durch die politischen Lager. Zur Kritik vgl. die Arbeiten der Critical Legal Studies Group; dazu Günther Frankenberg, *Der Ernst im Recht*, Ms. 1985. Bedeckt halten sich in dieser Frage Teubner/Willke, a.a.O.

3 Zur Reformulierung des Rationalitätsproblems

4.1 DIE PROZEDURALISIERUNG DES RECHTS

Der klassische Zentralbegriff für die Konzeptualisierung einer Rationalität des Rechts ist der der Zweckrationalität.⁹ Zweckrationalität unterstellt - zumindest in der Moderne - eine Beliebigkeit der Zwecke; sie sind einfach von außen gesetzt. Das hat zwar immer Denkschwierigkeiten bereitet, die sich in diversen Versuchen einer Herleitung dieser Zwecke aus einer den Zwecken immanenten Natur zeigen. In traditionellen Gesellschaften ist dies problemlos gewesen: die Zwecke waren in der Welt bereits gegeben und durch rituelle Handlungen oder religiöse entzifferbar. In modernen Gesellschaften werden Zwecke zu Staatszwecken oder Gesellschaftszwecken abstrahiert und kontingent gesetzt. Das ist das evolutionär Neue am positiven Recht.¹⁰

Der Rekurs auf gesetzte Zwecke garantiert aber nicht (mehr) Rationalität. Die Zwecke können (und sie sind es gewesen) irrational sein. Das am meisten Irritierende ist, daß die einzelnen Zwecke für sich rational sein können, daß die Gesamtheit der Zwecke, der Gesellschaftszweck jedoch als irrational erscheint. Der Rationalität der Teilsysteme korrespondiert die Irrationalität des Gesamtsystems. Damit gerät das Vertrauen auf Zweckrationalität als der Grundlage der Rationalität des Rechtssystems ins Wanken.

Das Rechtssystem hat darauf mit dem Versuch reagiert, die Zwecke selbst neu im Rekurs auf eine ihnen eigene moralische Qualität zu begründen. An die Stelle der Zweckrationalität ist die Idee einer Wertrationalität getreten. Doch auch die Wiederbelebung der praktischen Philosophie als der Grundlage der Rationalität eines modernen Rechts hat den Zweifel an der Rationalität dieses Rechts nicht ausgeräumt. Im Gegenteil - der Rekurs auf Wertrationalität hat das Dilemma einer gleichzeitigen Rationalität und Irrationalität des modernen Rechts nur verschärft.

Das Rechtssystem reagiert auf diese doppelte Verunsicherung - und das ist eine empirische These - mit einer Zunahme prozeduralen Rechts. Dieses Recht kann nicht mehr auf das Modell des zweckrationalen Einsatzes von rechtlichen Mitteln für positiv gesetzte Zwecke reduziert werden. Es wird vielmehr zunehmend ein Medium der

⁹ Zur Diskussion des Zweckrationalitätsbegriffs vgl. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt 1981, S. 302ff., 332ff. sowie Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen 1968, S. 9ff., 60ff.

¹⁰ Zur Theorie der Staatszwecke vgl. Christoph Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Wien 1979, S. 132ff. Zur soziologischen Deutung Luhmann, a.a.O., S. 58ff. und Klaus Eder, *Geschichte als Lernprozeß?*, Frankfurt 1985, S.329ff., 344ff.

Koordination unterschiedlicher Ziele der am Rechtsprozeß Beteiligten.¹¹ Es findet eine zunehmende Prozeduralisierung des Rechts statt.¹² In dem Maße aber, wie sich das prozedurale Recht durchsetzt, ist es nicht mehr möglich, auf die Rationalität eindeutiger Zweck-Mittel-Relationen oder gar eindeutiger Wenn-Dann-Beziehungen zu setzen. Offen ist, was *prozedurale Rationalität*¹³ im Rechtssystem bedeutet.

Damit verlagert sich die Frage nach der Rationalität des spätmodernen Rechts hin zur Frage nach der Rationalisierbarkeit eines prozeduralen Rechts. Ist die Rationalisierung prozeduralen Rechts nur eine spezielle Form formaler Rationalisierung¹⁴ oder sprengt die zunehmende Bedeutung prozeduralen Rechts den klassischen Weberschen Bezugsrahmen einer formalen Rationalisierung des Rechts?¹⁵ Ist die Rationalität der Rationalisierung eines prozeduralen Rechts eine andere als die Rationalität der Rationalisierung des neuzeitlichen Rechts, die Weber als formale Rationalisierung begriffen hat?

Um diese Frage zu klären, bietet sich zunächst ein systematischer Rückgriff auf Webers Konzeption der formalen Rationalisierung des Rechts an. In einem weiteren Argumentationsschritt soll dann analysiert werden, wie in der postweberschen Rechtssoziologie das Rationalitätsproblem angegangen und gelöst wird.

¹¹ Darin besteht die eigentümliche Selbstreflexivität des modernen Rechts: sein Rationalitätsengpaß besteht in der Rationalisierung nicht mehr von Normen, die die Rechtsumwelt betreffen, sondern von Normen, die es selbst, die seine Identität als System betreffen.

¹² Vgl. dazu Rudolf Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: Gerd Brüggemeier/Christian Joerges (Hg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen 1984.

¹³ Damit ist der Schlüsselbegriff eingeführt: es geht um eine Rationalität, die sich nicht aus der Normierung des Außen, sondern aus der Eigennormierung ergibt.

¹⁴ Diese "rechtsstaatliche" Sicht einer prozeduralen Rationalität erzwingt das Plädoyer für Entrechtlichung; denn prozedurales Recht ist das Einfallstor für materielle und ideelle Interessen, und damit für eine Folgenorientierung, die das positive Recht sprengen würde; vgl. Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1972.

¹⁵ Dieser Zusammenhang von materialer Rationalität und Demokratisierungspostulaten ist etwa von Max Weber schon gesehen (und befürchtet) worden; vgl. Max Weber, Rechtssoziologie, in: ders., Wirtschaft und Gesellschaft, Köln 1964, S. 648. Ihr systematischer Zusammenhang ist unterschiedlich konzeptualisiert worden. Als einen Versuch in diese Richtung vgl. Klaus Eder, Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts, in: Soziale Welt 29 (1978), S. 247-256.

4.3 WEBERS KONZEPTION DER RATIONALISIERUNG DES RECHTS

Weber hat in seiner Rechtssoziologie zwischen zwei Formen der Rationalität des Rechts unterschieden: zwischen *materialer* und *formaler* Rationalität. Diese Unterscheidung ist in § 1 der Rechtssoziologie an den *Rechtsmitteln* erläutert, mit welchen die Rechtspraxis arbeitet. Sie werden zunächst negativ eingeführt:

"Irrational sind sie (Rechtsschöpfung und Rechtsfindung, K.E.) formell dann, wenn für die Ordnung von Rechtsschöpfung und Rechtsfindungsproblemen andere als verstandesmäßig zu kontrollierende Mittel angewendet werden... Materiell sind sie irrational insoweit, als ganz konkrete Wertungen des Einzelfalls... für die Entscheidung maßgebend sind, nicht aber generelle Normen".¹⁶

Die positive Bestimmung beider Rationalitätsgesichtspunkte lautet dann folgendermaßen:

"... materiale Rationalität ... bedeutet ...: daß Normen anderer qualitativer Dignität als logische Generalisierungen von abstrakten Sinndeutungen auf die Entscheidung von Rechtsproblemen Einfluß haben sollen: ethische Imperative oder utilitarische oder andere Zweckmäßigekeitsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äußeren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen.. Eine spezifisch fachmäßige juristische Sublimierung des Rechts im heutigen Sinne ist aber nur möglich, soweit dieses *formalen* Charakter hat. Soweit der absolute Formalismus des sinnlichen Merkmals reicht, ist sie auf Kasuistik beschränkt. Erst die sinndeutende Abstraktion läßt die ... Aufgabe entstehen: die einzelnen anerkanntermaßen geltenden Rechtsregeln durch die Mittel der Logik zu einem in sich widerspruchsfreien Zusammenhang von Rechtssätzen zusammenzufügen und zu rationalisieren".¹⁷

Weber diskutiert also das Rationalitätsproblem im Recht als ein Problem der "Qualität" der Normen, die im Rechtsschöpfungs- bzw. Rechtsfindungsprozeß angewandt werden. Materiale Rationalität ist - so Weber - dann gegeben, wenn die partikularen Bewertungen eines Rechtsfalls in Richtung auf generelle Prinzipien rationalisiert werden; formale Rationalität ist dann gegeben, wenn die begriffliche Erfassung eines Rechtsfalls (die "sinndeutende Abstraktion") in Richtung auf allgemeine Rechtsbegriffe rationalisiert werden kann.

Von Rationalität spricht Weber also nur im Hinblick auf die Regeln, die im Prozeß der Rechtsfindung bzw. -schöpfung angewandt werden, nicht aber im Hinblick auf die

¹⁶ Weber, a.a.O., S. 507

¹⁷ ebd.

Regeln, die diesen Prozeß der Rechtsfindung und -schöpfung konstituieren. Die Rationalitätsunterstellung betrifft also das Ergebnis des Prozesses der Rechtserzeugung, nicht aber den Erzeugungsprozeß selber.

Mit dieser auf das Ergebnis eines Rechtserzeugungsprozesses bezogenen Rationalitätsunterstellung wird eine spezifische Annahme über die Entwicklungsrichtung des modernen Rechts verbunden: die Annahme einer fortschreitenden *formalen Rationalisierung*.¹⁸ Formale Rationalisierung meint also den Prozeß der Durchsetzung einer logisch konsequenten Organisation des Rechtsstoffes. Formale Rationalisierung ist letztlich nichts anderes als kognitive Systematisierung des Rechts. Die dahinterliegende Annahme ist: die Rechtsentwicklung in der Moderne erzeugt eine bestimmte "Rechtssemantik". Das aber bedeutet, daß formale Rationalisierung (die ja die Rechtsentwicklung charakterisieren soll) selbst ein kulturelles Produkt, nämlich ein Produkt der Rechtsentwicklung selbst ist.

Wenn aber formale Rationalisierung den Prozeß der Rechtsentwicklung fassen soll, dann muß man den Begriff der Rationalisierung auf einer anderen als der kognitiven Ebene ansetzen. Man muß ihn auf der Ebene des Prozesses ansetzen, in dem Rechtsbegriffe in einer Weise angewandt werden, die sicherstellen soll, daß materiell-irrationale und formell-irrationale Elemente nicht mehr zum Zuge kommen können, daß sie strukturell ausgeschlossen werden. Formale Rationalisierung meint dann die Herstellung eines spezifisch rechtlichen institutionellen Rahmens, der zunehmend von den Anforderungen und Imperativen anderer sozialer Systeme abgekoppelt wird und einer eigenen sozialen Logik gehorcht.

Wenn man formale Rationalisierung in diesem letzteren Sinne als Rationalisierung eines Erzeugungsprozesses von Recht deutet, dann erweist sich der grundbegriffliche Rahmen, in dem Weber das Phänomen formaler Rationalisierung zu fassen sucht, als zu eng. Man muß auf einen Rationalitätsbegriff zurückgreifen, der nicht mehr nur die kognitive Organisation sozialer Regeln, sondern umgekehrt die *soziale* Produktion normativer Begriffe zum Gegenstand hat. Rationalität bezieht sich dann nicht auf das Ideal kognitiver Konsistenz oder logischer Stringenz, sondern auf das Ideal eines Verfahrens der Erzeugung von Recht. Das, was unter Rationalisierungsgesichtspunkten gesehen wird, ist nicht mehr die juristische Konstruktion von Rechtsnormen, sondern der soziale Erzeugungsprozeß von Rechtsnormen.¹⁹

¹⁸ Weber, a.a.O., S. 599

¹⁹ Damit erübrigt sich das übliche soziologische Erklärungsmodell, das zuerst ein kulturelles Phänomen identifiziert und dann nach dem sozialen Träger sucht. Das Gegenteil ist intendiert: aus den Strukturen der sozialen Produktion (und dazu gehört die soziale Lage der Produzenten als eine Variable auch) kulturelle Phänomene zu erklären. Zur Programmatik vgl. Eder (1985), a.a.O., S. 87ff.

Hier zeigt sich eine systematische Schwierigkeit im rechtssoziologischen Denken von Weber: er beschreibt zwar Rationalisierung soziologisch am Phänomen von Rechtsschöpfung und Rechtsfindung, also an der sozialen Produktion von Recht. Zugleich aber bleibt der Rationalitätsbegriff vorsoziologischer Natur: der Rationalitätsbegriff wird aus den Beurteilungsregeln gewonnen, die *im* Prozeß der Rechtsfindung bzw. Rechtsschöpfung Anwendung finden. Sie werden zum Maßstab der Beurteilung der Rationalität des Rechtsfindungsprozesses selbst. Weber wird somit dazu gezwungen, die Rationalität der Rechtsfindung auf die Rationalität der in ihr angewandten Begriffe zu gründen, und das bedeutet: die Rationalität der Anwendung von Rechtsnormen auf die Rationalität dieser Rechtsnormen selbst zu gründen.

Was zwingt Weber zu dieser Lösung des Rationalitätsproblems? Der Grund liegt darin, daß formale Rationalisierung selbst nicht als ein offener Prozeß, sondern als ein zweckgerichteter Prozeß gesehen wird. Es ist das Paradigma der Zweckrationalität, das Weber den Blick auf die Eigenlogik des Erzeugungsprozesses von Rechtsnormen und Rechtsbegriffen verstellt. Soziale Trägerschichten sind nur kausale Größen, die auf die kognitive Systematisierung des Rechtsstoffes Einfluß haben. Sie sind diejenigen, die das Tempo und - falls vorhanden - die Weichen stellen, die die berühmte Lokomotive über kulturelle Weichenstellungen an ihr Ziel bringen sollen. Wie die Lokomotive funktioniert, das weiß allerdings immer noch keiner. Ob diese Lokomotive nach rationalen Kriterien gebaut ist und funktioniert, das ist die Frage nach der Rationalität, die sich vor allen Zweck- und Zieldefinitionen stellt. Die Idee der formalen Rationalisierung zwingt geradezu diese soziologische Wendung auf. Das provoziert die weitere Frage, ob sich das moderne rechtssoziologische Denken auf diese Problemstellung selbst angemessen eingestellt hat.²⁰

²⁰ Es kommen im folgenden nur theoretisch exponierte Positionen zu Wort. Das bedeutet, daß aus der Vielfalt rechtssoziologischer Ansätze selektiert werden muß - mit der Hoffnung, die wichtigsten Positionen in das Blickfeld bekommen zu haben.

4.5 FORMEN DES SOZIOLOGISCHEN REDENS ÜBER DAS RECHT

Wie reagiert das postwebersche rechtssoziologische Denken auf die internen Probleme der Weberschen Rechtssoziologie? Finden sich Hinweise auf eine Theorie der Rationalität, die eine dem modernen prozeduralen Recht angemessene Form zu bestimmen weiß? Oder schließen die dominanten rechtssoziologischen Ansätze - in welcher sprachlich verkleideter Form auch immer - weiterhin an das alte zweckrationale Paradigma an? Im folgenden sollen deshalb einige zentrale - idealtypisch rekonstruierte - rechtssoziologische Positionen daraufhin überprüft werden, inwie weit sie die Idee einer prozeduralen Rationalität des modernen Rechts fassen können bzw. diese systematisch verfehlen müssen.

Man kann die soziologischen Deutungsversuche der Rationalität des modernen Rechts zunächst danach unterscheiden, wie sie die Rationalität des Rechts *begrifflich* zu explizieren suchen. Man kann solche Rationalitätsannahmen einmal aus einer *Makroperspektive* einführen; dann reduziert sich die Rede von einer "Rationalisierung" des Rechts auf naturalistische oder systemtheoretische Grundannahmen über die Funktion des Rechts. Oder man kann sie aus einer *Mikroperspektive* einführen; dann werden Grundannahmen über menschliches Handeln bzw. Interaktion zum Schlüssel für die Rekonstruktion der Strukturen des Rechtssystems.

Daraus ergibt sich die Unterscheidung zwischen *funktional/struktural* und *handlungstheoretisch* ansetzenden Formen des Redens über das Recht.²¹ Funktional/struktural ansetzende (also makrosoziologische) Beschreibungen betrachten das Recht als einen von den Handlungsorientierungen der Beteiligten unabhängigen Modus der Koordination von Handlungen, als einen den Beteiligten äußerlichen Gegenstand. Handlungstheoretisch ansetzende (also mikrosoziologische) Beschreibungen betrachten demgegenüber das Recht als einen aus den Handlungsorientierungen der Beteiligten resultierenden Modus der Koordination von Handlungen, leiten also die Rationalität des Rechtssystems aus der Rationalität der Koordination der Handlungen der am Rechtssystem Beteiligten ab.

Das Reden über das Recht kann man aber auch danach unterscheiden, wie der Zugang zur Rationalitätsproblematik *methodisch* gesichert wird. Man kann die Rationalitätsproblematik entweder nach der verstehenden oder nach der erklärenden Seite hin zu radikalieren versuchen. Daraus ergeben sich zwei grundsätzliche methodologische Entscheidungen: entweder die Entscheidung für das hypothetisch-deduktive ("rationali-

²¹ Diese Unterscheidung ist inzwischen gängig geworden, ohne daß immer klar ist, was unter den einen und was unter den anderen Begriff fällt. Zu einer eindeutigen Grenzziehung vgl. Richard Münch, Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 6 (1985), 19- 28.

stische") Erklärungsprogramm oder die Entscheidung für das interpretative ("normativistische") Erklärungsprogramm.²²

Wenn man das soziologische Reden über das Recht in diesen beiden Dimensionen miteinander kombiniert, dann ergeben sich vier Typen, die sich in einem 4-Felder--Schema folgendermaßen darstellen lassen:

Methodologie	Theorietypus	
	^ funktional/struktural	handlungstheoretisch
<hr/>		
rationalisti-	^ naturalistische	ökonomische
sches Paradigma	^ Analyse des Rechts	Analyse des Rechts
normativisti-	^ systemtheoretische	diskurstheoretische
sches Paradigma	^ Analyse des Rechts	Analyse des Rechts

Diese vier unterschiedlichen rechtssoziologischen Theorien sollen im folgenden im Hinblick auf die in ihnen mögliche Thematisierung des Rationalitätsproblems analysiert werden. Zunächst werden die naturalistischen und ökonomischen Varianten einer rationalistischen Analyse des Rechts diskutiert. Diese Theorien erweisen sich als in einem neuen Sinne reduktionistisch: sie reduzieren nicht mehr Rationalisierung auf formale Rationalität; sie reduzieren vielmehr die Eigenlogik rechtlich organisierter Systeme auf die Logik interessengetriebenen Handelns. Genau dies vermeiden die normativistischen Ansätze. An neueren Varianten einer normativistischen Analyse des Rechts (die Stichworte heißen: Rechtsentwicklung als Evolution selbstreferentieller Systeme oder Rechtsentwicklung als evolutionärer Lernprozeß) läßt sich ein Weg für eine nicht dem Paradigma der Zweckrationalität (und damit in unterschiedlicher Weise sich vom Paradigma der Handlungsrationalität lösenden) verhaftete Lösung des Rationalitätsproblems zeigen. Normativistische Deutungen unterstellen eine dem Recht eigentümliche symbolisch vermittelte Rationalität; sie anerkennen eine dem Recht eigentümliche Eigenlogik jenseits einer der sozialen Welt und den Menschen eigentümlichen "Natur". Allerdings wird dann das, was sie von den rationalistischen Rechtstheorien unterscheidet, auch zu ihrem zentralen methodischen Problem: wie man kulturelle Phänomene beschreiben kann, obwohl man selbst nichts anderes als ein Teil dieses Phänomens ist.

Systemtheoretisch und diskurstheoretisch ansetzende Theorien des Rechts unterscheiden sich jedoch im Hinblick auf den Modus der Reflexion, der für soziale Systeme unterstellt wird. Sie differieren weniger im Hinblick auf das Ergebnis der Reflexion,

²² Zu dieser Unterscheidung vgl. Klaus Eder, Rationalist versus Normative Approaches to the Sociological Study of Law, in: Law & Society Review, 12 (1977), 133-144.

das als Rechtssemantik oder als rechtliches Diskursuniversum begriffen wird. Sie differieren vor allem im Hinblick auf das Verhältnis von Kultur und Sozialstruktur. Funktional/ struktural ansetzende normativistische Theorien betrachten Rechtssemantik und rechtliches Diskursuniversum als Kovarianten sozialstruktureller Veränderungen. Handlungstheoretisch ansetzende normativistische Theorien dagegen behaupten die (kulturelle) Eigenlogik der Selbstreflexion des Rechts und setzen diese einer Systemlogik des Rechts gegenüber. Die Lebenswelt rechtlich geregelter sozialer Beziehungen bricht sich in dieser theoretischen Perspektive an der Bürokratisierungslogik des Rechts.

Diese Diskursdifferenzen indizieren Probleme, die eine Reflexionsebene jenseits dieser Diskursdifferenzen erforderlich machen. Aus der Rekonstruktion verschiedener soziologischer Theorien des Rechts soll diese Reflexionsebene im folgenden systematisch eingeführt werden.

In dieser Diskussion kann gezeigt werden, daß die neueren rechtssoziologischen Formulierungen des Rationalitätsproblems nicht in der Lage sind, die Widersprüchlichkeit von gleichzeitiger Rationalität und Irrationalität im spätmodernen Recht aufzulösen. Das zwingt diese Theorien dazu, sich (in je unterschiedlicher Weise) mit der Widersprüchlichkeit, die in der Feststellung von gleichzeitigem Funktionsverlust und Funktionszuwachs enthalten ist, abzugeben. Dagegen wird die These formuliert, daß diese Widersprüchlichkeit nichts anderes manifestiert und artikuliert als ein Übergangsphänomen in der Konstruktion eines der modernen Gesellschaft angemessenen Rechts. Die Vermutung ist, daß sich an dieser Widersprüchlichkeit ein evolutionärer Mechanismus zeigen läßt, der für die Modernisierung des Rechts konstitutiv ist.

5 Die rationalistische Lösung des Rationalitätsproblems

6.1 ZWEI KONKURRIERENDE VARIANTEN

In der Gegenbewegung zu den idealistischen Traditionen der Rechtssoziologie ist eine Rechtssoziologie entstanden, die ihre Wurzeln gleichermaßen in der marxistischen Rechtskritik wie im amerikanischen Rechtsrealismus hat.²³ Die marxistische Rechtskritik versucht, zwischen juristischen Begriffen und Normen einerseits, den gesellschaftlichen Verhältnissen andererseits wesenslogische Beziehungen herzustellen, Ableitungszusammenhänge von der Gesellschaft zum Recht zu finden. Der amerikanische Rechtsrealismus teilt mit dieser Rechtskritik zentrale Annahmen: das Recht nicht idealistisch zu begreifen, sondern aus den Interessen politischer Kräfte, als Ausdruck politischer Machtverhältnisse zu deuten. Diese letzere Tradition bleibt jedoch weitgehend deskriptiv und einem platten Funktionalismus verhaftet.

In diesem rechtssoziologischen Rationalismus lassen sich zwei unterschiedliche Erklärungsstrategien ausmachen: das naturalistische und das ökonomische Erklärungsmodell.²⁴ Beide Varianten - wegen ihres gemeinsamen methodologischen Selbstverständnisses oft als nahe Verwandte oder gar identisch gesehen - unterscheiden sich im Hinblick auf ihre theoretischen Implikationen. Die naturalistische Erklärung bleibt streng funktional; sie untersucht Beziehungen zwischen - als eindeutig definierbar unterstellten - Variablen. Die ökonomische Erklärung ist demgegenüber streng struktural: sie postuliert Präferenzstrukturen, aus denen Rechtshandeln als rationales Handeln konstruiert werden kann.

²³ In dieser soziologisch aufgeklärten Rechtsanalyse sind einige bedeutende Arbeiten wie etwa Neumanns Behemoth oder Fraenkels Doppelstaat entstanden; vgl. auch Günther Frankenberg, a.a.O.

²⁴ Zur ökonomischen Analyse des Rechts vgl. die Arbeiten von Posner, Coase, Calabresi in Heinz-Dieter Assmann et al. (Hg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Königstein/Ts 1978. Die naturalistische Rechtssoziologie findet sich exemplarisch ausgeführt bei Donald Black, The Behavior of Law, New York 1976.

Die naturalistische Analyse sieht normative Gesichtspunkte in derselben Weise wie die klimatischen Verhältnisse als Variablen, die mit Recht interagieren. Rationalität wird als empirische Frage, als Variable behandelt. Die ökonomische Analyse des Rechts dagegen versucht, Rationalität als ein Problem der "ökonomischen" Koordination von Interessen, als ein spezifisches Problem kollektiven Handelns zu reformulieren. Die ökonomische Analyse sieht ihr Ideal in einer von Ethik und Moral gereinigten Rechtsanalyse. Sie ist die "Analyse des einem (spezifischen) Ökonomieprinzip adäquaten Rechts".²⁵ Dieses Ökonomieprinzip ist definiert durch rationalistische Annahmen über die Natur des Menschen, enthält also normative Aussagen über rationales Verhalten von Rechtsinteressenten. In der naturalistischen Analyse wird das Rationalitätsproblem wegdefiniert. In der ökonomischen Analyse wird das Rationalitätsproblem durch die Definition einer rationalen Natur des Menschen eingeführt und durch die Logik eines kollektiven rationalen Verhaltens gelöst. In beiden Fällen wird das Rationalitätsproblem definitorisch, also auf der Ebene des Diskurses über das Recht entschieden.

6.3 DIE NATURALISTISCHE ANALYSE DES RECHTS

Eine konsequent naturalistisch orientierte soziologische Erklärung des Rechts hat Donald Black versucht. In seinem Buch "The Behavior of Law" wird Recht als eine spezielle Form sozialer Kontrolle definiert und dann in Form von Propositionen mit Schichtung, sozialer Morphologie, Kultur und Organisationsgrad einer Gesellschaft in Zusammenhang gebracht.²⁶ Es werden insbesondere Aussagen über die Quantität dieser Variablen, die Richtung ihrer Ausdehnung (bzw. Beschränkung) versucht. Damit gelingt es Black, alle normativen Konnotationen zu neutralisieren und Recht rein empirisch wie eine black box zu betrachten. Er kleidet das in die (diesem methodologischen Zugang kongeniale) verhaltenstheoretische Sprache: die Wiederholung von Formeln wie "law behaves", "law as a natural phenomenon" zeigen die fast zwanghafte Konsequenz, ein nicht-interpretatives Forschungsprogramm, ein konsequent objektivistisches Erklärungsprogramm durchzuziehen. Sie sind konstitutiv für seinen Versuch, das Recht einem wissenschaftlichen Diskurs zu unterziehen.

Der Schlüssel für diese Theorie ist die Antwort, die sie auf die Frage nach der Entwicklung des modernen Rechts zu geben versucht. Blacks Hypothese lautet: Im Verlauf der Geschichte hat Recht und damit soziale Kontrolle quantitativ zugenommen, und mit diesen soziale Schichtung, soziale Distanz, formale Organisation, kulturelle Diversität. Doch mehrten sich - so Black - die Anzeichen für eine Umkehrung dieses Trends:

²⁵ Heinz-Dieter Assmann, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts, in Assmann et al., a.a.O., S. 21-74 (43). Man könnte dies auch als eine weitere vulgärmarxistische Variante rechtstheoretischen Denkens deuten.

²⁶ Black, a.a.O. Allerdings bleibt bei diesen Operationalisierungsversuchen die differentielle kulturelle Bedeutung dieser Variablen völlig außerhalb des theoretischen Blickfeldes.

Bestrafungen würden reduziert, Überwachung verringert. Dieser Trend zu weniger Recht hängt zusammen mit Egalisierungsprozessen im Schichtungssystem, mit der Renomadisierung des Lebens, die die Effekte der Differenzierung durch neuartige Interaktionsformen kompensiert, durch Trends zu einer homogenen Weltkultur, durch abnehmende Abhängigkeit der Lebenswelt von formalen Organisationen, durch eine Aufweichung der Mitgliedschaftsrolle. Das hat Konsequenzen für die soziale Kontrolle in der Gesellschaft: sie wird zunehmend unwichtiger, wenn die Menschen nomadisieren, keinem Ort mehr fest zugehören, nur mehr in fluiden Situationen sich treffen und wieder auseinandergehen. Soziale Kontrolle verliert so ihre Schicksalshaftigkeit. Die Dauer von Streitigkeiten reduziert sich notwendig, Gerichte und Schiedsrichter werden unnötig. Im Falle des Streits geht man einfach. Normative Mobilität in und aus der Respektabilität nimmt zu. Rechtliche Sanktionen können nur mehr temporär wirken und verlieren damit ihre zentrale gesellschaftliche Rolle. Black nennt das Ergebnis dieses Prozesses eine "situational society"²⁷, die, der tribalen Gesellschaft wesensähnlich, der sozialen Kontrolle nur mehr situationale Geltung ermöglicht. Das aber ist gleichbedeutend mit dem Ende des Rechts. Die Verknüpfung von methodischem Naturalismus und soziologischem Empirismus endet somit in einem eigentümlichen Utopismus, der mit den aktuellen Problemen von Verrechtlichung und Entrechtlichung nur mehr wenig zu tun hat.

Doch diese black box ist nicht so leer wie sie in dieser Theorie unterstellt wird. Denn diese Theorie der Rechtsentwicklung macht eine weitreichende Grundannahme: sie setzt Recht mit sozialer Kontrolle gleich und konstruiert die Rechtsentwicklung als die Entwicklung von sozialer Kontrolle²⁸. Das schreibt dem Recht eine spezifische Rationalität zu, nämlich die eines Mittels für einen Zweck. Der Rationalitätsbegriff, der dem rechtssoziologischen Naturalismus zugrundeliegt, ist der der *Zweckrationalität*.

Recht ist aber mehr als nur ein Instrument sozialer Kontrolle; es ist zugleich eine Institution, an die man - in bestimmten Grenzen - auch glaubt: Recht ist auch eine Form, innerhalb deren Konflikte ausgefochten werden, und auf die man nicht einfach verzichtet, um sich dann nur mehr wie Nomaden (oder Monaden) zu begegnen. Das Recht stellt eine soziale Gemeinsamkeit her, die auch dann noch in Geltung bleibt, wenn man sich nur mehr sporadisch trifft. Die Auflösung des Rechts in eine neue Anarchie, die Black entwirft, ist nichts als eine Umkehrung der Funktion des Rechts, nichts anderes als soziale Kontrolle zu sein.

Daß das Recht für sich den Anspruch erheben muß, ein Medium der rationalen Lösung von Konflikten zu sein, wird als ein unwichtiger Aspekt der sozialen Realität des Rechts beiseitegeschoben. Die Selbstthematizierung des Rechtssystems als eines rationalen Handlungszusammenhangs wird als Verzerrung von Realität, aber nicht als Teil der Realität gesehen. Darauf kommt man nur, weil man auf Grund methodologi-

²⁷ a.a.O., S. 137

²⁸ So dekretiert Black definitorisch: law is social control; vgl. a.a.O., S. 2 sowie S. 105ff.

scher Annahmen den normativen Anspruch des Rechts, nicht nur soziale Kontrolle, sondern auch ein Mechanismus von Konsensfindung zu sein, als nicht-theoriefähig ansehen muß.²⁹

Dieser Zugang sensibilisiert zwar für systematische Zusammenhänge zwischen Sozialstruktur und Recht. Doch bleibt die Eigendynamik der Rechtspraxis und des Rechtsdenkens, die aus der dem Recht eigentümlichen Rationalität resultiert, unberücksichtigt. Es geht nur um die Analyse der sozialen Umwelt des Rechts, nicht aber um die Analyse der sozialen Binnenwelt des Rechts. Diese bleibt eine black box.

6.5 DIE ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS

Eine zweite rationalistische Erklärungsstrategie, die im Gegensatz zur naturalistischen Analyse normative Annahmen einzuführen sucht, ist die ökonomische Analyse des Rechts. Die Binnenstruktur des Rechts, also die Theorie und Praxis juristischen Argumentierens und Entscheidens, wird gerade nicht mehr als eine black box gesehen, die außerhalb soziologischer Erklärung liegt. Die juristische Theorie und Praxis werden als ein Mechanismus der Koordination rationalen individuellen Handelns betrachtet; sie werden Teil einer Theorie kollektiven Handelns.³⁰ Beide, Theorie und Praxis des Rechts, werden mit einem "ökonomischen" Modell menschlichen Handelns (das als ein Rationalmodell rechtlichen Handelns spezifiziert wird) konfrontiert. Die Empirie von Theorie und Praxis erscheint als systematische Abweichung von diesem Rationalmodell. Das Recht hat dann die Funktion, die Koordination von im ökonomischen Sinne rationalen Handeln und zugleich die Rationalität der kollektiven Effekte dieses Handelns zu sichern. Diese Rationalität ist homolog mit der Rationalität, die sich idealiter auf dem Markte herstellt. Die Rationalität des Rechts besteht darin, individuelle Nutzentscheidungen zu einem kollektiven Nettonutzen zu aggregieren.

Daß sich ein kollektiver Nettonutzen aus der Verfolgung individueller Interessen ergibt, ist nicht selbstverständlich.³¹ Man hat in der ökonomischen Theorie und Philosophie von Anfang an gesehen, daß die Verfolgung des individuellen Nutzens nicht per se zu einem kollektiven Gut führen muß. Es bedarf regulativer Eingriffe (und dafür liefert

²⁹ Darauf hat vor allem Thompson hingewiesen; vgl. Edward P. Thompson, *Whigs and Hunters*, London 1975, 258ff.

³⁰ Ausgangspunkt aller dieser Theorieansätze ist Mancur Olson, *Theorie des kollektiven Handelns*, Tübingen 1968. Zur einer exzellenten systematischen Kritik an der ökonomischen Theorie kollektiven Handelns vgl. Virginia Held, *Rationality and Reasonable Cooperation*, in: *Social Research* 44 (1977), S. 708-744.

³¹ Klassisch Albert de Mandeville, *Die Bienenfabel* (1714, dt. Übersetzung 1818). Mit einer Einleitung von Walter Euchner, Frankfurt 1980. Die kulturellen Voraussetzungen für diese Logik kollektiven Handelns diskutiert Albert O. Hirschmann, *Leidenschaften und Interessen*, Frankfurt 1980.

das Recht das entsprechende Medium) in die Herstellung kollektiver Güter. Die ökonomische Theorie kann nun zeigen, welches die kollektiven Folgen individuellen nutzenorientierten Handelns in einem jeweils zu definierenden sozialen Kontext sind. Ob diese kollektiven Folgen als kollektive Güter zu bewerten sind oder nicht, ist aber nicht zureichend durch die Differenz von individuellen Zielen und und kollektiven Folgen bestimmt. Es gibt kollektive Güter (saubere Luft o.ä.), die den individuellen Zielen der einen entsprechen, den individuellen Zielen der anderen aber widersprechen. Dann müssen also konkurrierende individuelle Interessen (egoistische und altruistische, die auch noch ungleich über die Gesellschaft verteilt sind) bewertet werden. Wie auch immer dieses Problem der inhaltlichen Definition eines kollektiven Gutes gelöst wird, es bleibt doch die formale Struktur dieses Rationalitätsbegriffs identisch: Rationalität ist gleichbedeutend mit Effizienz. Die Rationalität, die thematisch wird, ist die Rationalität der Mittel, um ein kollektives Gut herzustellen.

Im Coase-Theorem³² wird diese Effizienzregel mit einer Situation effizienter Ressourcennutzung gleichgesetzt. In der idealen Situation des Coase-Theorems wird die Effizienz der Ressourcennutzung durch den Markt hergestellt. Wenn jedoch die sog. Transaktionskosten den Markt daran hindern, ein effizientes Ergebnis herzustellen, dann wird die Struktur der Rechtsvorschriften entscheidend. Diese sollten nun - und das macht das normativ- präskriptive Moment dieser Theorie aus - so geartet sein, daß die Transaktionskosten minimiert werden, das Recht also Marktbedingungen soweit als möglich herzustellen versucht. Die Effizienzregel im Recht lautet, daß das Gericht ein strittiges Recht der Partei zuerkennen soll, die es erwerben würde, wenn die Transaktionskosten null wären, d.h. wenn der Markt perfekt funktionieren würde.

Unter diesen Gesichtspunkten kann man sowohl Rechtspraktiken wie dogmatische Lehren untersuchen und sehen, ob und inwieweit sie der ökonomischen Logik folgen. Auf dem Gebiet des Privatrechts (Eigentumsrechte, Haftungsrecht, Zivilprozeßrecht) bieten sich ökonomische Analysen zunächst einmal geradezu an.³³ Auf dem Feld der nichtmarktbezogene Bereiche (Strafrecht, Verfassungsrecht³⁴) wird das schwieriger und zunehmend weniger plausibel. Die Rationalität des Rechts bestünde nach der ökonomischen Logik darin, eine effiziente Strafverfolgung (Kriterium ist die Minimierung von kriminellen Verhalten durch Herstellung einer Situation, in der strafbares Handeln ineffizient wird) bzw. eine effiziente Regelung des politischen Entscheidungsprozesses (Kriterium ist die Minimierung politischen Konflikts durch Herstellung einer Situation, in der Beteiligung ineffizient wird) zu sichern.

³² Dazu Ronald H. Coase, Das Problem der sozialen Kosten, in: Assmann et al., a.a.O., S. 146-202.

³³ Dazu den Überblick bei Heinz-Dieter Assmann, a.a.O., S. 21- 74. Zu prozeduralen Fragen vgl. auch Michael Adams, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Königstein/Ts. 1981.

³⁴ Dazu James Buchanan/Gordon Tullock, The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, 1962; Gary S. Becker, The Economic Approach to Human Behavior, New York 1976.

Die ökonomische Analyse ist jedoch zu einer systematischen Reduktion ihres Gegenstandsbereichs gezwungen. Für das Privatrecht, dem zentralen Feld ökonomischer Analysen des Rechts, wird der Maßstab der Effizienz in dem Maße unscharf, wie Gesichtspunkte wie Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit oder Zumutbarkeit an Relevanz gewinnen.³⁵ Für das Strafrecht wird die Effizienz der Abschreckungsfunktion unterstellt; der Täter wird als rational kalkulierender Handelnder gesehen, der die rechtliche Reaktion auf seine Tat in das Kalkül, ob sich eine Straftat "rentiert" oder nicht, aufnimmt. Daß dies die Motivbasis von Sexualtätern oder politischen Straftätern oder von Kapitalverbrechern trifft, dürfte zweifelhaft sein. Für das Verfassungsrecht wird der Gesichtspunkt der institutionellen Sicherung eines politischen Verkehrs, der die kulturell freigesetzten individuellen Eigeninteressen mit Hilfe von Wahlen in kollektiv verbindliche Entscheidungen zu transformieren vermag, in dem Maße unscharf, wie die politische Entscheidungsfindung an diesen Institutionen vorbeigeht. Wahlverfahren sind das wichtigste Beispiel für solche markthomologe Formen der Koordination individueller Interessen. Unterstellt werden die ihre Wahlentscheidung rational kalkulierenden Bürger. Unerklärt bleibt das weit auffälligere Problem der - eher irrationalen - festen Parteibindung der Wähler. Dieser Rationalitätsbegriff bezieht sich also auf den speziellen Bereich strategischer Interessenverfolgung, aber nicht auf den Bereich moralisch geleiteten Handelns.³⁶ Moralität ist eine Form von Rationalität, die ihrerseits nur strategisch gesehen wird: auf Moral bezieht sich nur der, dem sie nutzt.

Damit ist - methodisch gesehen - zwar die Binnenperspektive des Rechtssystems eingenommen. Doch ihre Rationalitätskriterien werden von außen definiert. Man fragt nur mehr danach, inwieweit das Recht eine effiziente Lösung der Koordination von - unterstelltermaßen rational handelnden - Individuen darstellt. Das Rationalitätsaxiom, das dem Recht (normativ) angesonnen wird, ist das des homo oeconomicus.³⁷ Dort wo

³⁵ Solche Generalklauseln erhalten eine nicht nur größere quantitative Bedeutung, sondern zunehmend auch eine zentrale strategische Bedeutung für das Rechtshandeln unter Bedingungen hoher Komplexität.

³⁶ Diese Entmoralisierung des sozialen Handelns erfordert soziale und kulturelle Voraussetzungen, die nur idealiter für den Unternehmer des 19. Jhds. gegolten haben sollen. Als "Normalstruktur" sozialen Handelns ist diese Unterstellung sinnlos. Vgl. dazu Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt 1981.

³⁷ Die Selbstimmunisierung dieser Theorie ist offensichtlich. So sieht sich Assmann, a.a.O., S. 43, zu folgender Formulierung gezwungen: "Das Privatrecht muß sich also selbst dafür entscheiden, ob und inwieweit es das Effizienzprinzip nach den Grundlagen der ÖAR zu seinem eigenen machen will und kann" und fügt in Parenthese hinzu: "eine Frage, die die ÖAR freilich entgegen ihren Beteuerungen vorentschieden hat". Vgl. dazu auch die Kritik von Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, New York 1976, S. 11: "The rationalist strategy starts with the selection of a few general premises about human nature, chosen for the explanatory power of the conclusions they make possible rather than for their descriptive accuracy. From these postulates it draws a growing string of consequences by a continuous process of logical deduction and conceptual refinement, as well as by

man empirische Forschung erwartet, steht eine Definition. Die Gültigkeit der Definition wird damit begründet, daß es sich um eine (evtl. durch psychologische Forschung weiter erhärtbare) Annäherung an die Wirklichkeit handele. Damit ist es möglich, ein Rationalitätsaxiom aufzustellen, das seine Geltung außerhalb des Systems sucht, in dem es empirische Geltung besitzt. Die Binnenperspektive, die die rationalistische Rechtssoziologie einnimmt, ist somit nur eine fiktive: sie führt eine normativistische Konzeption von Rationalität von außen, und d.h. objektivistisch ein.

Damit bleiben entscheidende Fragen einer Theorie der Rationalität des Rechts ungestellt. Die Frage, warum das Rechtssystem die Beteiligten dazu zwingt, rational zu handeln (und das ist eine der zentralen soziologischen Fragestellungen), die Frage, welches die Logik ist, die diesem sozialen Zwang zugrundeliegt, wird definitorisch gelöst. Die Frage schließlich, wie die Definition von dem, was als kollektives Gut gelten soll, im Rechtssystem sozial produziert wird, bleibt eine irrelevante Frage. Die Kosten der ökonomischen Analyse sind somit - entgegen der ihr eigenen Ökonomie - hoch.

the introduction at many points along the way of certain empirical assumptions about nature and society".

7 Die normativistische Lösung des Rationalitätsproblems

8.1 ZWEI KONKURRIERENDE VARIANTEN

Unter den Begriff der *normativistischen* Rechtssoziologie sollen jene rechtssoziologischen Ansätze gefaßt werden, die dem Recht einen - von anderen sozialen Systemen unterscheidbaren - Bedeutungszusammenhang zuerkennen. Der erste Unterschied zu den rationalistischen Theorien bezieht sich auf die Fähigkeit des Rechtssystems, sich reflexiv auf sich selbst beziehen zu können. Sie unterscheiden sich von den rationalistischen Strategien zweitens dadurch, daß sie die Selbstimplikation des Theoretikers in seinen Gegenstand mitzuthematisieren suchen. Der zweite Unterschied ist also einer im Grade der Reflexivität der Theorie, der wissenssoziologischen Reflexion auf die Selbstimplikation der Theorie in der Reflexion sozialer Systeme. Es findet sich in diesen rechtssoziologischen Ansätzen jene neuartige "Triangulation", die die Praxis und die sie thematisierende Theorie wiederum theoretisch zu thematisieren sucht, sei es als Verhältnis von Gesellschaftssystem und semantischem System, sei es als Verhältnis von theoretischem und praktischem Diskurs.

Innerhalb dieser normativistisch ansetzenden Rechtssoziologie differiert allerdings die Art und Weise, wie das Rationalitätsproblem gestellt und gelöst wird. In den konträren Theoriestrategien stehen sich die These von der Systemrationalität des Rechts³⁸ und die These von der materialen Rationalität des Rechts³⁹ einander gegenüber.

Die These von der Systemrationalität des Rechts baut auf die Desillusionierung über die soziale Funktion, die das Recht in einer komplexen Gesellschaft erfüllt. Die Vorstellung einer Systemrationalität des Rechts wird unter der Perspektive der Desillusionierungen über das Selbstverständnis des juristischen Diskurses als Diskurs und der juristischen Praxis als einer rationalen, auf Wahrheitsfindung ausgerichteten Praxis diskutiert. Das Recht wird als ein Mechanismus gedeutet, der nichts anderes leistet als strittige Probleme entscheidbar zu machen. Dies ist der Kern der These von der Legitimation durch Verfahren.⁴⁰

³⁸ Zur These der Systemrationalität des Rechts vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1981; ders., *Rechtssoziologie* (2.Auflage), Opladen 1983; ders., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969.

³⁹ Zur These der materialen Rationalität des Rechts vgl. Jürgen Habermas, *Naturrecht und Revolution*, in: *Theorie und Praxis*, Neuwied 1971, S.89ff.; ders., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt 1981, S. 332ff.; systematisch Ernst Tugendhat, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft Neue Folge* 14, S. 1-20; ebenso Eder (1978), a.a.O.

⁴⁰ Dazu Luhmann (1969), a.a.O.

Die These von der materialen Rationalität des Rechts geht davon aus, daß das Recht mit Gerechtigkeit zu tun hat. Sie baut also nicht auf die Desillusionierung über die Funktion des Rechts, sondern lädt im Gegenteil das Recht zusätzlich normativ auf. Die Unterstellung einer Gerechtigkeitsfunktion des Rechts erfordert eine moralische Parteinahme gegenüber den naturwüchsig sich herstellenden sozialen Verhältnissen. Das Recht wird deshalb als ein Mechanismus gedeutet, der die Herstellung gerechter, d.h. universalistisch begründbarer sozialer Verhältnisse ermöglichen soll. Das setzt die Annahme voraus, daß das Recht in der Lage ist, strittige normative Fragen (wie die nach der Gerechtigkeit einer Rechtsnorm) diskursiv aufzulösen. Darin liegt der Kern der These vom juristischen Diskurs als einem Spezialfall des praktischen Diskurses.⁴¹

Die These von der Systemrationalität und die These von der materialen Rationalität des Rechts enthalten also konkurrierende Vorstellungen von Rationalität, die für eine Theorie der Rationalisierbarkeit des Rechts folgenreich sind. Im einem ersten Sinne rational ist es insofern, als es durchsetzbare Entscheidungen ermöglicht. In einem zweiten Sinne rational ist es, weil in ihm die Bedingungen der Zustimmung aller als regulative Idee enthalten sind. Beide Begriffe von Rationalität haben konträre Implikationen: sie erlauben entweder die funktionale Entzauberung des Rechts oder sie erlauben die Moralisierung des Rechts. Ob dies geeignete Strategien für eine Theorie der Rationalisierung des Rechts sind, bleibt zu prüfen.

⁴¹ In dieser Form ist sie von Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt 1978, formuliert worden.

8.3 DIE SYSTEMTHEORETISCHE ANALYSE DES RECHTS

Die Systemrationalität des Rechts besteht darin, materiale und formale Ansprüche an das Recht selektiv - je nach den gegebenen Struktur- und Randbedingungen - zu behandeln. Materiale und formale Ansprüche an das Rechtssystem haben zwar eine genetische Funktion, sind also relevant für die Klärung der Entstehung eines Rechtssystems. Sobald sich dieses jedoch etabliert hat, bedarf es zu seiner Aufrechterhaltung nicht mehr dieser Ausgangsbedingungen: es regelt seine Strukturen intern. Dieses Phänomen hat Luhmann auf die Formel von der Legitimation durch Verfahren gebracht. Das Rechtssystem ist in der Lage, auch dort noch Koordination zu leisten, wo der "Wertkonsens" oder das "Vertrauen auf die Rechtsstaatlichkeit" fehlt.⁴² Dies liegt daran, daß das Rechtssystem in der Abnabelung von seiner Vergangenheit emergente Eigenschaften entwickelt, die Rechtsgehorsam auch dort noch sicherstellen, wo der Glaube an die Rationalität des Rechts in vielfältiger Weise gebrochen ist.

Diese theoretische Position verweist auf eine Eigenschaft des Rechtssystems, die in den handlungstheoretischen Ansätzen gerne übersehen oder gar verleugnet wird: daß das Recht nicht nur in der Rationalität des Handelns der Beteiligten besteht, sondern auf einer emergenten Eigenschaft jenseits individueller Handlungspläne und -absichten beruht. Gegenüber der klassischen Theorie formaler oder materialer Rationalität ist der Fortschritt dieser Konzeption offensichtlich. Sie führt die Rationalität des Rechts auf übersubjektive Prozesse zurück. Sie vermeidet damit das individualistische Vorurteil, formale Rationalität aus der Handlungsrationalität der beteiligten Individuen zusammengesetzt zu denken. Das Rechtssystem ist nicht Ergebnis der Aggregation individueller Handlungsrationalität; das Rechtssystem zwingt vielmehr die Beteiligten zu Handlungsrationalität. Es übt einen objektiven Zwang zu Handlungsrationalität aus, selbst dann, wenn die Subjekte nicht rational sein wollen oder können. Einem handlungstheoretischen Blick bleibt dieser objektive Zwang jedoch notwendig verborgen.⁴³

Wenn man auf Systemrationalität setzt, dann setzt man zunächst gegen Zweckrationalität. Die Übertragung des Zweckbegriffs von der Rechtshandlung auf Rechtssysteme verwischt die Differenz zwischen Zweckrationalität und Systemrationalität. Systemrationalität heißt, die Funktion von Zwecksetzung zum Bezugspunkt des Rationalitätsbegriffes zu machen. Damit ist zugleich eine Position gegen die Vorstellung einer Wertrationalität bezogen, die von der Existenz richtiger Zwecke ausgeht. Systemrationalität heißt, die Frage der Richtigkeit von Zwecken, die Rechtshandlungen steuern, offenzuhalten. Zwar hat jedes Rechtssystem eine Theorie darüber, was die richtigen Zwecke sind, und versucht auch, diese richtigen Zwecke in das Rechtssystem

⁴² Damit wird die Frage nach der Legitimität von Verfahren nur mehr zu einer der möglichen Begleitmusiken real ablaufender Filme.

⁴³ Luhmann, a.a.O., S. 40; 47ff.

als normative Erwartungen einzubauen. Doch ist diese Theorie prinzipiell unterkomplex und kann jederzeit zu Revisionen gezwungen werden.

In der jüngeren Diskussion um den selbstreferentiellen Charakter des Rechtssystems hat Luhmann das Verhältnis von Rechtssystem und Rechtstheorie in neuer Weise zu bestimmen versucht.⁴⁴ Die entscheidende Überlegung geht von der notwendigen Differenz von Rechtssystem und Rechtstheorie aus: das Rechtssystem ist ein normativ geschlossenes und zugleich ein kognitiv offenes System. Diese Differenz ermöglicht Selbstreferenz im Rechtssystem. Die Rechtstheorie selbst ist eine (unterkomplexe) Beschreibung des Rechtssystems, die im Rechtssystem für die Reproduktion der normativen Geschlossenheit und der kognitiven Offenheit des Rechtssystems verwendet wird. Sie konstituiert eine zweite Differenz im Rechtssystem, die entscheidend wird für das Problem der Geltung des Rechts. Rechtstheorien erklären nicht, sie legitimieren ein Rechtssystem. Entscheidend ist ihre legitimatorische Funktion und nicht ihre Wahrheit. Damit entfällt die alte Vorstellung von der Rechtstheorie als einer Umwelt des Rechtssystems. Sie wird ersetzt durch die Vorstellung einer Differenz von Rechtssystem und Rechtstheorie, die die Behandlung der Umwelt des Rechtssystems erst ermöglicht. Daraus ergeben sich Veränderungen für den Begriff der Geltung des Rechts. "Geltung ist in der Tat nichts anderes als die rekursive Selbstreferenz des Rechts, das Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall mit Aussicht auf ein Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall".⁴⁵

Eine solche Theoriestrategie hat allerdings zur Folge, daß der Rationalitätsbegriff nur mehr das Gelingen der Reproduktion von Fall zu Fall meint. Er wird somit analytisch unscharf. Es stellt sich dann die Frage, ob dieses Kontingent-Setzen der Geltungsbedingungen des Rechts nicht eine vorzeitige Kapitulation vor der Komplexität der symbolischen Welt ist. Es könnte sich auch um ein Defizit der Theorie handeln. Die Vermutung ist, daß wir es mit einem kommunikationstheoretischen Defizit in der Theorie der Systemrationalität des Rechts zu tun haben.

⁴⁴ Die Rede vom selbstreferentiellen Charakter sozialer Systeme beherrschen besonders Luhmann (1984), a.a.O., sowie Teubner/Willke, a.a.O.

⁴⁵ Luhmann (1983), a.a.O., S. 358

8.5 DIE DISKURSTHEORETISCHE ANALYSE DES RECHTS

Eine zweite normativistische Antwort auf die Frage, worin die Rationalität des Rechts besteht, ist die These von der materialen Rationalität des Rechts. Das Recht wird als ein Medium der Auflösung materieller und ideeller Interessen gesehen, also als zentraler Mechanismus der Auflösung strittiger normativer Fragen. Bezugspunkt dieser materialen Rationalität ist ein moralisch gehaltvoller Begriff von sozialer Ordnung. Der Schlüsselbegriff dafür ist die Idee der Gerechtigkeit. Das Recht wird hier verstanden als ein Mechanismus, gerechte soziale Verhältnisse herzustellen.

Damit Gerechtigkeit durch das Recht hergestellt werden kann, müssen in die Erzeugung von Recht prinzipiell *alle* Interessen eingebunden werden, darf es also keinen systematischen Ausschluß von Interessen aus einer rechtlichen Entscheidung geben. Nur dadurch, daß alle möglichen empirischen Gesichtspunkte in die Beurteilung einer Handlung (bzw. von Handlungen) eingehen können, wird das Urteil "gerecht". Das Urteil wird umso weniger parteilich, je mehr empirische Aspekte oder empirische Interessen in ihm berücksichtigt werden. Die Logik dieser Rationalisierung des Rechts besteht also in einer immer umfassenderen Berücksichtigung aller relevanten empirischen Gesichtspunkte. Das entscheidende Kriterium für Gerechtigkeit ist die unparteiliche Berücksichtigung der Interessen aller, kurz: Unparteilichkeit. Dieses Kriterium erlaubt es, den Begriff der materialen Rationalität aus einer Regel moralischer Begründung abzuleiten.

Unparteilichkeit ist ein Prinzip, das seinerseits diskurstheoretisch begründet werden kann. Ein unparteiliches Urteil setzt die formalen Bedingungen diskursiver Verständigung voraus. Mit dieser Fundierung des Begriffs der materialen Rationalität in den formalen Bedingungen diskursiver Verständigung kann an eine jüngere Diskussion in der Rechtstheorie⁴⁶ angeschlossen werden, die die Rationalitätsbedingungen des Rechts darin sieht, daß Regeln juristischen Argumentierens ein Spezialfall der Regeln des praktischen Diskurses sind. Dies ist die These vom juristischen Diskurs als einem Sonderfall des moralisch-praktischen Diskurses⁴⁷. Damit ist eine moralische Begründung für eine "Materialisierung" des Rechts jenseits der traditionellen naturrechtlichen Begründungen gegeben.

⁴⁶ Zu dieser Diskussion siehe Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Auflage, München 1974; Fritjof Haft, *Juristische Rhetorik*, Freiburg 1978; Ottmar Ballweg/Thomas-Michael Seibert (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg 1982.

⁴⁷ Alexy, a.a.O. ; Herbert Kitchelt, *Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 66 (1980), S. 391-429.

Das Unparteilichkeitspostulat erfordert aber im Einzelfall, daß die Interessen aller Beteiligten bekannt sind. Das Recht muß also sicherstellen, daß die Interessen auch wirklich unverzerrt zum Zuge kommen können. Die Lösung für dieses Problem ist die Forderung nach der Gleichheit der Teilnahmechancen aller an der Rechtsfindung.⁴⁸ Das Recht muß Verfahren bereitstellen, die die Gewähr bieten, daß die Interessen der Beteiligten soweit als möglich unverzerrt in den (juristischen) Diskurs Eingang finden können.

Die Rückführung von Unparteilichkeit auf gleiche Teilnahmechancen am Prozeß der Koordination gegensätzlicher Interessen erweitert den Begriff der materialen Rationalität. Rechtsinstitutionen sind auf der Folie dieses Rationalitätsbegriffs insofern rational, als sie die argumentative Auseinandersetzung zwischen den Rechtsinteressenten ermöglichen. Alle rechtlich relevanten Argumente (die "materialen" Einklagen an das Recht) müssen einen Argumentationsprozeß durchlaufen, in dem jeder Beteiligte zustimmen oder widersprechen kann. Argumente im Erzeugungsprozeß von Recht müssen sich in einem rechtlich geregelten Argumentationsprozeß bewähren.⁴⁹ Die Logik dieses Argumentationsprozesses macht die Rationalität des Rechts aus. Diese - diskurstheoretische Formulierung der Rationalität des Rechts bindet diese an die Logik von Argumentationsprozessen. Der innere Zwang eines rationalen Rechts besteht darin, die Beteiligten zur Anerkennung der speziellen Regeln diskursiver Verständigung, die im Recht festgelegt sind, zu zwingen.

Die Erfahrung mit dem modernen Recht hat nun allerdings zu Zweifeln an einer solchen Materialisierung des Rechts geführt. Die der materialen Rationalität inhärente Gefahr sei, daß das Recht nun zum moralischen Sittenwächter der Gesellschaft werden könnte. So hat Habermas⁵⁰ den systematischen Stellenwert des Rechts dahingehend spezifiziert, daß Recht zwar genetisch gesehen die Verkörperung von Prinzipien sei, die ihrerseits moralisch begründet werden können, daß aber die Anwendung dieser Rechtsinstitutionen sich auf systemisch geregelte Bereiche des sozialen Lebens zu beschränken hätte. D.h. die modernen Rechtsinstitutionen können als Medium der Konfliktregelung nur im Bereich institutionalisierten strategischen Handelns (dem ökonomischen System und dem administrativen System) angewendet werden. Sobald sie darüber hinaus moralisch regulierte Handlungsbereiche zu regulieren versuchen (Schule, Familie), werden lebensweltlich integrierte Bereiche dem Imperativ strategischer Koordination unterworfen; es findet - so Habermas - eine Kolonialisierung der Lebenswelt statt.

Das bedeutet, daß die Rationalität des Rechts sich danach bestimmt, ob es genetisch (als Ergebnis evolutionärer Lernprozesse) oder funktional (als ein Kommunikations-

⁴⁸ Dazu Eder (1985), a.a.O., S. 67ff.

⁴⁹ a.a.O., S. 357ff.

⁵⁰ Habermas (1981), a.a.O., S. 537f.

medium) begriffen wird.⁵¹ Damit ergibt sich eine eigentümliche Unschärfe im Begriff der materialen Rationalität des Rechts. Er muß auf diskursive Rationalität gegründet werden, kann aber zugleich nicht auf sie reduziert werden. Daraus resultiert eine unklare Form des Verhältnisses von handlungstheoretischer Begründung und strukturell/funktionaler Beschreibung des Rechts.

Die Idee einer materialen Rationalität des Rechts wird hier an einer entscheidenden Stelle durchbrochen. Die - letztlich auf Handlungsrationalität gegründete - Idee materialer Rationalisierungsprozesse in der soziokulturellen Evolution bricht sich an der Empirie von Systembildungen in der modernen Gesellschaft. Daß das Recht auf dieses Problem wiederum selbst differentiell reagiert (im Rückgriff auf moderne Rechtsinstitutionen wie im Rückgriff auf den differentiellen Einsatz des Rechts als Kommunikationsmedium in verschiedenen Lebensbereichen), das wird zu einem neuen Problem, dessen rationale Lösung offen ist.

⁵¹ a.a.O., S. 539

9 Elemente einer Theorie prozeduraler Rationalität

10.1 KOMMUNIKATION ALS SCHLÜSSELBEGRIFF

Die Frage nach der Rationalität der Prozesse, die ein Rechtssystem benutzt, um sich reproduzieren zu können, stellt sich in den rationalistischen Rechtssoziologien gar nicht. Der rationalistische Zugang zur Rationalitätsproblematik konstituiert die dem Recht eigene Rationalität außerhalb des Rechts selber. Diese rationalistische (Auf-)Lösung des Rationalitätsproblems geht somit am Zentralproblem einer soziologischen Analyse des Rechts vorbei: dem Problem, wie die Binnenwelt des Sozialsystems Recht einer objektivierenden Analyse unterzogen werden kann.

Dies ist das Schlüsselproblem der normativistischen Ansätze. Sowohl in der systemtheoretischen wie der diskurstheoretischen Analyse des Rechts stellt sich das Problem einer "inneren Umwelt"⁵² des Rechts. Der Schlüsselbegriff, der den Zugang zu dieser inneren Umwelt ermöglicht, heißt *Kommunikation*.⁵³

Auf einer grundbegrifflichen Ebene konvergieren die Begrifflichkeiten der normativistischen Ansätze: Kommunikation ist das Schlüsselwort, das sowohl auf systemtheoretischer wie auf diskurstheoretischer Ebene den Anschluß an eine alternative Strategie für die Konstruktion eines dem modernen Recht angemessenen Begriffs der Rationalisierung bieten kann. Kommunikation ist gleichermaßen Grundbegriff einer allgemeinen Theorie sozialer Systeme wie Grundbegriff einer allgemeinen Theorie des Handelns. Es gilt zu prüfen, inwieweit diese grundbegrifflichen Anknüpfungspunkte Anschluß an weiterführende rechtssoziologische Überlegungen liefern können. Damit stellt sich die Frage, ob nicht die Rationalitätsfrage in einer anderen Form weitergedacht werden kann als es die Konzepte einer materialen Rationalität oder einer Systemrationalität des Rechts versucht haben. Dieser Schritt erfordert den Übergang zur Vorstellung einer Prozeßrationalität jenseits von System- und Wertrationalität und damit eine weitergehende Ablösung vom Paradigma der Zweckrationalität, als sie bei Weber in seiner Theorie der formalen Rationalisierung des Rechts angelegt war.

Dieser Theoriestrategie steht allerdings das Problem im Wege, daß Kommunikation mit unterschiedlichen Funktionen in den systemtheoretischen und diskurstheoretischen Ansätzen in Verbindung gebracht wird. Kommunikation meint in beiden Fällen nicht

⁵²Der Begriff der "inneren Umwelt" bezieht sich auf Leistungen der Selbstorganisation sozialer Systeme, die mit der Fähigkeit zu kognitiver Distanzierung zu tun haben. Kognitive Leistungen sind dadurch ausgezeichnet, daß sie die Reflexion auf das Gegebene und damit das mögliche Anderssein des Gegebenen sicherstellen.

⁵³ Vgl. dazu neben vielen anderen Stellen Luhmann (1984), a.a.O., S. 191ff.; Habermas (1981), a.a.O., S. 28ff., 47ff., 440ff.

unbedingt dasselbe. Der systemtheoretische Kommunikationsbegriff (von Luhmann in der Regel an den Interaktionsstilen der Oberschichten im 17. und 18. Jahrhundert exemplifiziert⁵⁴) ist dadurch gekennzeichnet, daß er die Idee von Kommunikation als einem Handlungskalkül radikalisiert: die Einnahme der Perspektive eines anderen wird als ein Spielen mit den Erwartungen anderer, als ein Versuch gesehen, kommunikative Niederlagen und Siege jenseits des Rekurses auf faktische Macht zu optimieren. Dieser Kommunikationsbegriff ist seinerseits kontextgebunden: er beschreibt eine Form der Freisetzung von Kommunikation von traditional einregulierten Etiketten und Vorschriften, ohne daß die Freigesetzten wissen, wozu sie miteinander kommunizieren sollen. Kommunikation erscheint hier als sozial funktionslos⁵⁵ und gerade hierin als konstitutiv für die Moderne.

Ganz anders wird Kommunikation im diskurstheoretischen Modell begriffen. Hier wird Kommunikation mit Zielen verknüpft, die konstitutiv für die entstehende bürgerliche Gesellschaft gewesen sind: das Ziel von Kommunikation ist Aufklärung. Das diskurstheoretische Konzept von Kommunikation impliziert Aufklärung insofern, als Kommunikation heißt, sich auf argumentative Auseinandersetzung einzulassen.⁵⁶ Wer kommuniziert, kann sich der Logik der Argumentation, d.h. dem Zwang der Begründung für empirische und normative Behauptungen nicht entziehen außer durch den Rekurs auf Gewalt, also durch den Rekurs auf Nicht-Kommunikation. Dieser Zwang zu argumentativer Auseinandersetzung ist zum ersten Male historisch folgenreich in den Aufklärungsgesellschaften des 18. und 19. Jhds. institutionalisiert worden.⁵⁷ In ihnen ist die Kommunikation freier und gleicher Menschen geübt und eingeübt worden. Kommunikation heißt hier, sich in Lernprozesse verwickeln zu lassen, aus denen man prinzipiell immer als ein anderer herauskommen kann.

Wie die Habermassche Lösung auf das 18. und 19. Jhd. zurückverweist, so verweist die Luhmannsche Lösung auf das 16. und 17. Jhd.⁵⁸ Sie rekonstruieren jeweils die entwicklungstypische Lösung dieser Zeit. Das bedeutet, daß sie in der Bindung der Rekonstruktion der Rationalität des Rechts an diese Kommunikationsbegriffe die

⁵⁴ Niklas Luhmann, *Interaktion in Oberschichten: Zur Transformation ihrer Semantik im 17. und 18. Jahrhundert*, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 1, Frankfurt 1980, S. 72- 161.

⁵⁵ Das freie Flottieren von Kommunikation ist allerdings nur dadurch möglich geworden, daß bestimmte Themen systematisch ausgeschlossen geblieben sind: nämlich die Staatszwecke selber. Die Diskussion der Staatszwecke ist virtualisiert geblieben. Der absolute Souverän hat allein - in einem virtualisierten Dialog - über Staatszwecke räsoniert. Dazu Eder (1985), a.a.O., S. 357ff.

⁵⁶ Zum Problem einer Logik argumentativer Auseinandersetzung jetzt Max Miller, *Kollektive Lernprozesse. Studien zur Grundlegung einer soziologischen Lerntheorie*, Frankfurt 1986.

⁵⁷ Zur Funktion und Rolle der Aufklärungsgesellschaften vgl. Eder (1985), a.a.O., S. 152ff.

⁵⁸ Das ist nicht abwertend gemeint. Es ist nur ein Hinweis auf die Historizität von Begriffen, die sich gerade an den Beispielen, mit denen diese eingeführt werden, zeigen läßt.

Überleitungsformeln für ein Recht formulieren, das sich aus traditionellen Formen zu lösen und eine eigene Form zu finden versucht.⁵⁹

Damit ist bereits angedeutet, daß diese Kommunikationsbegriffe ungeeignet sind, das entwicklungstypische Problem eines spätmodernen Rechts zu fassen. Aus diesem Grunde erscheint es auch als ein Holzweg, vermittelnde Formen zwischen systemtheoretischer und diskurstheoretischer Analyse zu finden, um eine Antwort auf die Frage nach der Rationalität dieses spätmodernen Rechts zu erhalten. Solche Vermittlungsversuche sind nur Pseudolösungen für das Rationalitätsproblem, Kompromißbildungen zwischen konkurrierenden Deutungen, ohne den objektiven Zusammenhang dieser Deutungen thematisieren zu können (purposive law⁶⁰ und reflexives bzw. post-interventionistisches⁶¹ Recht sind hier die Stichworte).

Ein anderer Weg besteht darin, diese Theorien als Thematisierungen von entwicklungstypischen Lösungen für die Rolle von Kommunikation in der Gesellschaft zu nehmen. In dem Maße, wie die gesellschaftliche Bedeutung von Kommunikation eingeschränkt wird, wird auch der Bereich rechtlicher Rationalität⁶² eingeschränkt. Man kann den Kommunikationsbegriff nun radikalisieren und behaupten, daß Kommunikation auch außerhalb der feinen und bürgerlichen Gesellschaft als Strukturprinzip

⁵⁹ Durch eine solche historische Kontextuierung von Schlüsselbegriffen lassen sich (neben Distanzierungsmöglichkeiten von Theoriestrategien voneinander) manche inhaltlichen Debatten (wie die Annahme der vorzeitigen Verabschiedung der Begriffsjurisprudenz im modernen Recht) auflösen.

⁶⁰ Umgekehrtes gilt für diejenigen, die das Recht als Medium der Koordination materieller und ideeller Interessen sehen; vgl. dazu Selznick/Nonet, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978; Philippe Nonet, *The Legitimation of Purposive Decisions*, in: *California Law Review* 68 (1980), S. 263-300.

⁶¹ vgl. Teubner/Willke, a.a.O. Zur Kritik Niklas Luhmann, Einige Probleme mit "reflexivem Recht", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), S. 1-18; Richard Münch, *Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 19-28; Peter Nahamowitz, "Reflexives Recht": Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), S. 29-44.

⁶² Daß das Recht mit der Gesellschaft nur eingeschränkt zu tun haben will, zeigt z.B. die Diskussion um das Verhältnis von Recht und Moral. Die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts besteht auf dieser Trennung mit dem Argument, daß das Recht nicht aus der Moral abgeleitet werden können, was impliziert, daß es mit Moral auch nichts zu tun haben solle. Die moralische Ordnung der Gesellschaft geht damit das Recht nichts an. So formuliert Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 5. Auflage 1856, S.6: "Die Philosophen, welche das Recht aus der Vernunft ableiten, bleiben außerhalb ihres Gegenstandsbereiches. Sie kommen gar nicht oder nur durch einen Sprung zum Recht", zit. nach Luhmann 1981, a.a.O., S. 105. In diesem Sinne wendet sich Luhmann auch gegen den Versuch, die praktische Philosophie für die Rechtstheorie zu rehabilitieren. Ebd., S. 105. Die Ausgrenzung vernunftneutraler Sphären als Gegenstand des Rechts teilt auch Habermas, wenn er von der Kolonialisierung der Lebenswelt durch das Recht spricht. Habermas (1981), a.a.O.

gesellschaftlicher Organisation institutionalisiert werden kann. Sobald man gleichermaßen die Beschränkung von Kommunikation auf die feine Gesellschaft (die frühneuzeitliche Lösung) wie die Beschränkung von Kommunikation auf die (im engen Sinne) bürgerliche Gesellschaft (die alteuropäische Lösung) aufhebt, ergibt sich für das Recht das Problem, einer kommunikativ strukturierten Gesellschaft gegenüberzustehen und diese rechtlich regeln zu müssen. Damit wird das Recht nicht mehr zu etwas jenseits der feinen und bürgerlichen Gesellschaft, sondern zu einem Regulator auch jener Bereiche, die bislang der Interaktion oder der Lebenswelt überlassen gewesen sind. Über das Medium des Rechts werden auch diese Refugien der Sittlichkeit rechtlicher Gestaltung durch die Gesellschaft zugänglich.

Das Recht kann dies aber nur dank der ihm eigenen kommunikativen Struktur leisten. Diese Struktureigenschaft kann weder als ein motivabsorbierender Kommunikationsprozeß noch als ein diskursiver Verständigungsprozeß angemessen analysiert werden. Beide Rationalitätsunterstellungen haben sich als zu einfach oder als zu weitgehend erwiesen. Dagegen läßt sich die Vorstellung des Rechts als eines empirisch stattfindenden Argumentationsprozesses setzen. Argumentationsprozesse sind dadurch ausgezeichnet, daß in sie eine Rationalisierung des Kommunikationsprozesses systematisch eingebaut ist. Wer sich auf argumentative Auseinandersetzung - und d.h. für das Recht, auf legislative und gerichtliche Verfahren - einläßt, der wird zur Explikation seiner Gründe gezwungen. Wieweit Abkürzungsverfahren für diesen Explikationsprozeß (also die Transformation der Alltagssprache in die juristische Sprache) eingebaut werden können, bemißt sich dann daran, inwieweit juristische Argumentation die Bedingungen argumentativer Auseinandersetzung noch sicherstellt oder diese aufhebt.

Um diese Rationalitätskonzeption zu erläutern, soll im Anschluß an das - oben diskutierte - Webersche Paradigma der formalen Rationalisierung des Rechts die Idee einer kommunikativen Rationalisierung des Rechts diskutiert werden. Dabei soll kommunikative Rationalisierung als ein Rationalitätsparadigma eingeführt werden, das sich an das Webersche Paradigma einer formalen Rationalisierung des Rechts anschließen läßt. Kommunikative Rationalisierung ist die Fortsetzung formaler Rationalisierung mit dem Unterschied, daß sie sich nicht auf die kognitive Realität des Rechts, sondern auf seine kommunikative Realität bezieht.

10.3 DIE IDEE EINER KOMMUNIKATIVEN RATIONALISIERUNG

Das moderne Recht enthält eine kommunikative Realität nicht nur implizit, sondern auch explizit: es definiert sich selbst Regeln der sozialen Produktion von Recht. Diese Form der Selbstfestlegung der Rechtsproduktion durch das Rechtssystem heißt prozedurales Recht. Prozedurales Recht regelt Prozesse, nicht Ergebnisse. Es definiert den *modus operandi*, nicht das *opus operatum*. Es erfüllt nicht Zwecke, sondern nur einen "Metazweck". Dieser Metazweck besteht darin, der Definition von rechtlich relevanten Zwecken einen geregelten Spielraum zu sichern. Prozedurales Recht öffnet also den Möglichkeitshorizont rechtlicher Festlegungen. Es ermöglicht - in einem Wort - Lernprozesse. Eine Theorie prozeduraler Rationalität ist nichts anderes - das ist die These - als eine Radikalisierung der Theorie der Zweckrationalität.⁶³

Von der *Rationalisierung* des Rechts kann deshalb in einem doppelten Sinne gesprochen werden. Rationalisierungsfähig ist das Recht einmal im Hinblick darauf, daß die im Rechtsfindungsprozeß angewandten Rechtsnormen in irgendeinem Sinne rationaler geworden sind. Rationalisierungsfähig ist das Recht aber auch im Hinblick auf die Regeln, nach denen Rechtsnormen angewandt werden. Rationalisierung im zweiten Sinne ist immer mehr als nur die Rationalisierung eines formell-rationalen oder materiell-rationalen Rechts. Jede Produktion von kognitiven Rechtsbegriffen und normativen Rechtsregeln setzt eine rechtlich geregelte argumentative Auseinandersetzung voraus. Die soziale Produktion von Recht ist dann nichts anderes als ein Spezialfall der argumentativen Auseinandersetzung über Begriffe und Normen. Rationalisierung in diesem zweiten genuin soziologischen Sinne läßt sich mit dem Begriff der *kommunikativen Rationalisierung* fassen.

Die soziologische Umdeutung und methodische Öffnung des Rationalitätsbegriffes ist in den konträr aufeinander bezogenen rechtssoziologischen Theorietraditionen nur implizit vorbereitet worden. In ihnen erhält die Rede von der Rationalisierung des Rechts noch keinen genuin soziologischen Gehalt, der die Webersche Rechtssoziologie nur mehr als Einleitung, aber nicht mehr als Problemformel brauchte. Die verschiedenen Formen soziologischen Redens über das Recht, die nicht nur die Rechtstheorie, sondern auch die Praxis der Rechtstheorie zu einem soziologischen Gegenstand machen, bedürfen einer - in der soziologischen Theoriediskussion selbst auch zu vollziehenden - theoretischen Umorientierung in Richtung auf eine Radikalisierung der Idee einer sozial geregelten Produktion von Recht.

⁶³ Die lerntheoretische Erklärung kann nicht als ein bloßer Spezialfall von Evolution verstanden werden. Der Hinweis, daß Nicht-Lernen genauso gut möglich ist, verwischt das Problem, daß Nicht-Lernen andere Folgeprobleme aufwirft als Lernen. Gerade auf soziokultureller Ebene, wo man die Effekte von Nicht-Lernen ja antizipieren kann, ist die Unterstellung der Äquifunktionalität von Lernen und Nicht-Lernen eine irreführende Annahme.

Die Theorie von der kommunikativen Rationalisierung des Rechts führt zur Theorie der Rechtsentwicklung als eines institutionellen Lernprozesses.⁶⁴ Institutionelle Lernprozesse sind ein spezifischer Typus kollektiver Lernprozesse. Rechtsentwicklung ist ein durch Regeln argumentativer Auseinandersetzung konstituierter und in Gang gehaltener kollektiver Lernprozeß.

Die Theorie, die die Rationalität solcher institutioneller Lernprozesse zu erfassen vermag, setzt die Diskurstheorie nur mehr als Modell voraus. Sie setzt auch die Systemtheorie nur mehr als heuristisches Instrument voraus. Beide Theorien sehen zwar Lernprozesse vor. Doch sie geben keine Bedingungen dafür an, was zu solchen Lernprozessen zwingt. Die Diskurstheorie lokalisiert das Lernen jenseits der Gesellschaft (im handlungsentlasteten Diskurs). Die Systemtheorie sieht Lernen als eine mögliche Option unter anderen. Wenn aber das prozedurale Recht zum Schlüssel der weiteren Rechtsentwicklung der Moderne zu werden scheint, dann wird Kommunikation auch zum Schlüssel für die Rationalität des modernen Rechts.

⁶⁴ Zu diesem Begriff vgl. Eder (1985), a.a.O., S. 329ff. Dieser Begriff ist als ein Spezialfall des allgemeineren Begriffs kollektiven Lernens einzuführen, wobei die restriktiven Randbedingungen, denen institutionelle Lernprozesse unterliegen, ihrerseits als Ergebnis kollektiver (evtl. auch institutioneller?) Lernprozesse erklärt werden können.

10.5 DIE PROZEDURALE RATIONALITÄT DES MODERNEN RECHTS

Was in der Beobachtung von einer zunehmenden Prozeduralisierung des Rechts konstatiert und zugleich unterschiedlich bewertet wird, ist die zunehmende Reflexivität⁶⁵ des Rechts. Das Recht erschöpft sich nicht in der Funktion, Entscheidungsprogramm zu sein; es übernimmt vielmehr zunehmend die Funktion, den Umgang mit solchen Entscheidungsprogrammen zu regeln. Die rechtlich geregelte Anwendung von Rechtsnormen wird damit zum dominanten Problem des Rechtssystems. Die Rechtssetzung und die Rechtsauslegung, die sich einerseits schon immer der Form der konditionalen Programmierung entzogen haben, lassen sich nicht mehr durch Zweckprogrammierung regeln. Sie sind zwar schon immer Gegenstand von politischen (nicht rechtlichen!) Auseinandersetzungen um deren verfahrensmäßige Kontrolle gewesen. Doch die verfahrensmäßige Selbstregulierung des Rechts wird nun zum Schlüsselproblem für die Weiterentwicklung des Rechts in der Moderne.

⁶⁵ Reflexivität ist ein unscharfer Begriff. Vgl. dazu Luhmanns Schwierigkeiten in Luhmann (1985), a.a.O., S. 2, 17f.

Man kann dieses Phänomen als Übergang zu einem Recht deuten, das die Form eines "Lernprogramms" hat. *Lernprogrammierung*⁶⁶ ersetzt die Zweckprogrammierung durch Systemrationalität oder Wertrationalität. Dabei kann Lernprogrammierung aber nicht heißen, die Lernfähigkeit der Rechtsgelehrten und Rechtsspezialisten zu erhöhen. Es handelt sich vielmehr darum, das Rechtssystem als einen Mechanismus institutionellen Lernens zu institutionalisieren. Damit hebt sich die Unterscheidung von Rechtssystem und Rechtsentwicklung tendentiell auf. Das Recht wird zu einem Medium, das miteinander in Streit liegende Akteure in einen kollektiven Handlungszusammenhang derart verwickelt, daß sie diesem Zwang nur unter Strafe der Benachteiligung oder Exklusion entgehen können. Das Recht zwingt in diesem Sinne die Beteiligten zu Lernprozessen: wer mit dem Recht zu tun bekommt, *muß* lernen - das ist der Mechanismus, der mit der Lernprogrammierung in das Recht eingebaut wird. Damit gewinnt das prozedurale Recht (das es ja schon immer gegeben hat) eine evolutionär neue Bedeutung: es wird zum Schlüssel für den Mechanismus der Selbstorganisation des Rechtssystems. Das prozedurale Recht sorgt also nicht nur - wie es die These von der Systemrationalität von Verfahren behauptet - für Enttäuschungsabwicklung.⁶⁷ Es sorgt für eine nur kollektiv zu bewerkstellende, und d.h. argumentativ hergestellte Einsicht in gemeinsam getroffene Entscheidungen. Das prozedurale Recht ist auch nicht nur - wie es die These von der materialen Rationalität von Verfahrensregeln behauptet - eine Verkörperung diskursiver Strukturen in Rechtsinstitutionen, d.h. in Rechtsbegriffen und Rechtsnormen. Das prozedurale Recht ermöglicht diskursive Prozesse, und - wie man aus der Systemperspektive hinzufügen kann - diskursive Prozesse unter der Bedingung von zeitlich, sachlich und sozial definierten Entscheidungszwängen.

Diese Sicht auf das Recht findet parallele Anknüpfungspunkte in einer ganz anderen Tradition rechtssoziologischen Denkens: in den Analysen zu "dispute settlement" und "dispute institutions".⁶⁸ Die Idee einer kommunikativen Rationalisierung als grundbegrifflicher Rahmen für die Entfaltung prozeduraler Rationalität führt zur Vorstellung einer disputing society, die es unter weniger komplexen Bedingungen schon gegeben hat. Das Problem ist die Herstellung einer disputing society unter Bedingungen hoher Komplexität.

⁶⁶ Der Begriff der Lernprogrammierung deutet nur an, was er intendiert: nämlich die Organisation des Rechtssystems als eines Lernprozesses, der auf dem Mechanismus argumentativer Auseinandersetzung über strittige normative Fragen aufbaut.

⁶⁷ So die These in Luhmann (1969), a.a.O., S. 111f., 233ff.

⁶⁸ Grundlegend ist hier die Idee des Rechtssystems als eines "disputing system". Dazu vgl. etwa Richard Abel, A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society, in: Law & Society Review 8 (1973), S. 219-347, besonders S. 251ff.; Brenda Danet, Language in the Legal Process, in: Law & Society Review 14 (1980), S. 447-563, 490ff.

Eine weitere in diesem Zusammenhang relevante Tradition rechtssoziologischen Denkens ist der Rekurs auf Gewohnheitsrecht (customary law).⁶⁹ So führt etwa Unger die Kritik am formalen Recht mit dem Hinweis auf equity und justice, Billigkeit und Gerechtigkeit. Gegen die damit verbundenen korporatistischen Tendenzen plädiert er - und das geht systematisch über diese Rationalitätskriterien hinaus - für Vergemeinschaftung. Die Einbindung von wohlfahrtstaatlichem Recht in komunitäres Recht führt zu dem, was Unger "the law of autonomous self-regulation" nennt. Die Rationalität dieses komunitären Rechts wird damit auch hier in seiner prozeduralen Rationalität gesehen.

⁶⁹ Vgl. Unger (1975), a.a.O., S. 220ff. Die Kritik am Formalismus des Rechts verbindet Unger mit einer Kritik am "purposive legal reasoning", das er als einen schlechten Kompromiß zwischen Formalität und Billigkeit ansieht. Das formale Recht würde nur durch gute Zwecke gebändigt. Das aber zerstöre die Generalität und die Autonomie des Rechts, ohne Sicherheit dafür zu geben, daß wirklich Gerechtigkeit hergestellt würde. Damit stellt sich auch bei Unger die Frage, wie diese Überprüfung von den Betroffenen vorgenommen werden kann. Ob die Rechtsform des Gewohnheitsrechts, das dem Anspruch moderner Sittlichkeit angepaßt wird, dies leisten kann, mag zweifelhaft sein. Hier bleibt Unger noch zu sehr der Idee materialer Rationalität verhaftet. Vgl. dazu die Diskussion bei Unger, a.a.O., S. 209ff.

11 Die Identität spätmoderner Rechtssysteme

In der Diskussion des Rationalitätsproblems sind zwei Lösungen diskutiert worden, die - ebenfalls an Weber anknüpfend - das Verhältnis von Rechtsbegriffen und Rechtsnormen einerseits, Gesellschaftsstruktur andererseits thematisiert haben, nämlich die Theorie der Systemrationalität und die Theorie der materialen Rationalität des Rechts. Sie (einschließlich der Mischtypen zwischen beiden Ansätzen) stehen in Konkurrenz zu der hier vorgeschlagenen Perspektive. Denn in all diesen Fällen wird das "Soziale" oder "Gesellschaftliche" nicht als rechtserzeugende Praxis, sondern als ein soziales Faktum, das dem Recht vorausgesetzt ist, gesehen. Die Identität des Rechtssystems wird entweder aus seiner Selbstreferenz oder seiner Grenzlage zwischen System und Lebenswelt abgeleitet.

Kommunikative Rationalisierung ist der Versuch des Rechtssystems, gegenüber inkompatiblen Ansprüchen auf Systemrationalität und materiale Rationalität eine Einheit des Rechts zu thematisieren. Die kontroverse Behandlung des Rationalitätsproblems sichert die Gemeinsamkeit eines Thematisierungszusammenhangs, an den beide, die Theorie sozialer Systeme und die Theorie kommunikativen Handelns gleichermaßen gebunden sind. Das macht eine dritte Ebene jenseits von System und Lebenswelt, jenseits von Systemstruktur und Semantik erforderlich.

Doch wo findet sich der soziale Ort jenseits von System und Lebenswelt, jenseits von System und Semantik? Wie kann diese Dritt- Beobachter-Perspektive als eine in der Gesellschaft selbst mögliche eingeführt werden? Man kann sich auf das Wissenschaftssystem zurückziehen; doch auch dieses ist mit dem Rechtssystem (wie mit den anderen sozialen Systemen) in gegenseitige Abhängigkeiten verwickelt. Man muß den sozialen Ort dieser objektivierenden Perspektive abstrakter formulieren, quer zu den Grenzen von sozialen Teilsystemen. Dieser Ort ist der Ort der sich auf argumentative Zwänge Einlassenden.

Ob diese Thematisierung der Einheit des Rechts in der Lage ist, die widersprüchlichen Anforderungen an das Recht am Ende der Entwicklung der Moderne aufzulösen, ist eine offene Frage. Die am Anfang kurz skizzierten widersprüchlichen Beobachtungen lassen dies offen erscheinen. Es könnte sein, daß der skizzierte Versuch der Thematisierung der Einheit des Rechts die letzte Möglichkeit darstellt, das Recht jenseits von Dichotomien wie Politik und Moral, Öffentlichkeit und Privatheit zu verorten, es zu entparadoxieren.

In dem Maße, wie diese Identität des Rechts schwierig herzustellen ist, stellen sich die Fragen zur Rationalität des Rechts in vermehrter Dringlichkeit. Man kann sich dann einen bequemen Ausweg suchen und den großen Zweifel anmelden, ob es überhaupt rational sei, über Rationalität zu reden. Man kann es sich noch einfacher machen und das Rationalitätsproblem als sinnloses Problem beiseite zu schieben. Der Naturalismus

und die ökonomische Analyse des Rechts haben in diesem Sinne das Rationalitätsproblem per definitionem (auf)gelöst. Die Theorie sozialer Systeme und die Theorie kommunikativen Handelns haben sich ganz auf die implizite Rationalität des Rechtssystems oder seines Selbstthematisierungszusammenhangs eingelassen und sind mit dieser Unterstellung auf Gedeih und Verderb verbunden. Man kann das Rationalitätsproblem aber auch als ein Problem der Akteure selber begreifen und es ihnen zuschieben. Dann hängt die Rationalität des Rechts davon ab, wie weit sich diese Akteure in kommunikative Zwänge verwickeln lassen, sich dem Zwang prozeduraler Rationalität fügen. Kommunikative Rationalisierung heißt dann, diesen Zwang einzusehen und reflexiv anzuwenden.

+ Für konstruktive und ins Einzelne gehende Kritik an mehreren Fassungen dieses Aufsatzes danke ich vor allem Elmar Koenen von der Münchner Projektgruppe für Sozialforschung e.V.

Literatur

- Alexy, R. (1978). Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt: Suhrkamp.
- Assmann, H.-D., Kirchner, Ch., Schanze, E. (Hrsg.) (1978). Ökonomische Analyse des Rechts. Kronberg/Ts.: Athenäum.
- Becker, G. S. (1976). The Economic Approach to Human Behavior. Chicago: University of Chicago Press.
- Black, D. (1976). The Behavior of Law. New York: Academic Press.
- Blankenburg, E. et al. (Hrsg.) (1980). Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Vol. 7). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Breuer, St., Treiber, H. (Hrsg.) (1984). Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Denninger, E., Lüderssen, K. (1978). Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat. Frankfurt: Suhrkamp.
- Dreier, R. (1981). Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp.
- Eder, K. (1977). Rationalist and Normative Approaches to the Sociological Study of Law (Review Essay). Law & Society Review, 12, 133-144.
- Eder, K. (1978). Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts. Soziale Welt, 2, 247-256.
- Garfinkel, H. (1977). Bedingungen für den Erfolg von Degradierungszeremonien. In K. Lüderssen & F. Sack (Eds.), Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 2 (pp. 31-40). Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1981). Theorie des kommunikativen Handelns. 2 Bände. Frankfurt: Suhrkamp.
- Kriele, M. (1975). Einführung in die Staatslehre. Reinbek: Rowohlt.
- Luhmann, N. (1969). Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, N. (1972). Rechtssoziologie. 2 Bände (Vol. 2). Reinbek: Rowohlt.
- Luhmann, N. (1974). Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Kohlhammer.
- Luhmann, N. (1981). Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1983). Die Einheit des Rechts. Rechtstheorie, 14, 129-154.
- Luhmann, N. (1985). Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp.
- Nonet, Ph. (1980). The Legitimation of Purposive Decisions. California Law Review, 68, 263-300.
- Olson Jr., M. (1968). Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen. Tübingen: Mohr.
- Posner, R. A. (1977). Economic Analysis of Law (2nd. ed.). Boston: Little, Brown & Co.
- Schmitt, C. (1968). Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot.
- Teubner, G. (1982). Reflexives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 13, .
- Teubner, G., Willke, H. (1984). Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 4, .

- Thompson, E. P. (1975). The crime of anonymity. In D. Hay et al. (Ed.), Albion's Fatal Tree. Crime and Society in 18th-Century England (pp. 255ff.). London: .
- Tullock, G. (1971). The Logic of the Law. New York: Basic Books.
- Unger, R. M. (1976). Law in Modern Society. Toward a Criticism in Social Theory. New York: Free Press.
- Viehweg, Th. (1974). Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (5th. ed.). Münche: Beck.
- Voigt, R. (1983). Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat. In R. Voigt (Ed.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Voigt, R. (Hrsg.) (1980). Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer Prozess. Königstein/Ts.: Athenäum.
- Weber, M. (1960). Rechtssoziologie. Neuwied: Luchterhand.
- Werle, R. (1982). Aspekte der Verrechtlichung. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 3, 2ff.
- Wiethölter, R. (1984). Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht. In G. Brüggemeier & C. Joerges (Eds.), (Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts. Zentrum für europ. Rechtspolitik). Bremen: .

Zusammenfassung:

In dem Maße, wie die Kritik an der Materialisierung des Rechts (meist als Kritik an der zunehmenden Verrechtlichung formuliert) zunimmt, stellt sich das Problem, wie die Rationalität des modernen Rechts anders begründet werden kann. Ein Durchgang durch verschiedene rechtssoziologische Traditionen zeigt, daß sie entweder das Rationalitätsproblem überhaupt auf die Seite schieben oder aber die Rationalität des Rechts weiterhin - und das ist seit Weber so angelegt - in der kognitiven Organisation der Rechtsbegriffe suchen.

Demgegenüber wird der Versuch unternommen, die zunehmende Prozeduralisierung des Rechts, die als Reaktion auf die mit dem Ausbau des Wohlfahrtsstaates verbundene Materialisierung zu sehen ist, auf die ihr impliziten Rationalitätsgesichtspunkte zu untersuchen. Es wird behauptet, daß das Organisationsprinzip eines prozeduralen Rechts darin besteht, die Beteiligten in kommunikative Prozesse zu involvieren, die der Logik argumentativer Auseinandersetzung folgen. Diese spezifische Qualität des prozeduralen Rechts macht es möglich, von einem Prozeß kommunikativer Rationalisierung zu reden und darin das Entwicklungsprinzip des spätmodernen Rechts zu lokalisieren. Daraus folgt ein Plädoyer für Verrechtlichung insofern, als die Thematisierung der kommunikativen Logik prozeduraler Regelungen es erlaubt, auch die Lebenswelt nicht sich allein zu überlassen, sondern vor das Forum rechtlicher organisierter Auseinandersetzungen zu ziehen. Darin liegt die spezifische Modernität des spätmodernen prozeduralen Rechts begründet.

Summary:

The critique of the materialization of law (and this has to do with the discussion concerning the juridification of social relations) poses the problem how to justify the rationality of a post-material law. A discussion of several sociological approaches to the law shows that they either neutralize the problem of rationality of the law or restrict it - in the tradition of the Weberian sociology of law - to the cognitive aspects of the law.

In this paper an attempt is made to analyze the procedural law that is tending to substitute the material law bound to the modern welfare state with respect to its implicit rational aspects. It is claimed that the organizational principle of procedural law consists in involving the participants of the legal process into communicative relationships. These legal relationship have their own specific rationality insofar as they are bound to the logic of argumentation. This specific quality of procedural law allows to reconstruct the (possible) development of late modern law as a process of communicative rationalization. This leads to a plea for further juridification of social relations by procedural law; for procedural law because of its inherent rationality is able to confront the extralegal spheres with the rationalizing effects of collective argumentation. This would be the rational function of the late modern law: to organize law as a rational disputing process, to realize in the law the rationalizing power of argumentative dispute.